20005

# DE PRIVILEGIIS FECENIAE HISPALAE SENATUSCONSULTO CONCESSIS

(Liv. XXXIX, 19.)

## DISSERTATIO

QUAM
LEGENDI FACULTATEM
IN
*GEORGIA AUGUSTA*
RITE ADEPTURUS
MENSE AUGUSTO ANNI MDCCCXXII.
H. L. Q. S.
SOCIO ASSUMPTO

FRID. WILH. ROESTELL
IUR. CAND.

PUBLICE DEFENDET

PHILIPPUS EDUARDUS HUSCHKE
I. U. D.

GOTTINGAE,
TYPIS CAROLI EDUARDI ROSENBUSCH.
1822.

Constantius fund.

DE

# PRIVILEGIIS FECENIAE HISPALAE

## SENATUSCONSULTO CONCESSIS.

Livius XXXIX, 19.

"*Utique* Feceniae Hispalae *datio, deminutio,*
„*gentis enuptio, tutoris optio item esset, quasi*
„*vir ei testamento dedisset. Utique ei ingenuo*
„*nubere liceret, neu quid ei, qui eam duxisset,*
„*ob id fraudi ignominiaeve esset* (*a*)."

Hunc ego locum toties tamque doctis a viris tentatum in disceptationem revocans has ob caussas facilem excusationem habiturum me confido, primum quod ea, quae de eo disputata sunt, mirum in modum inter sese discrepant, tum quod

(*a*) Sic haec verba edidit Drakenborchius, quem omnes, ni fallor, sequuti sunt; neque Codicum Mss. permagna varietas, nisi quod pro *deminutio* etiam inveniatur *īminutio* et pro *gentis enuptio* haec fere: *genti se nūtio, genti se nuptio, gentis sui nuctio, genti sui nuptio, genti suae nuptio, gentis suae innuptio.*

nemodum omnibus in unum digestis, quid verius a quoque, quid perperam dictum sit, quid denique adhuc obscurum remanserit, demonstravit, postremo quod etiamsi optima quaeque ex omnibus huius loci interpretationibus selegeris, ne ea quidem, me iudice, satisfacere tibi possint.

Major opera videtur, si nimium fortasse in hac, quam propositurus sum, explicatione coniecturis indulserim, ut his veniam ab aequo lectore impetrem; quae quidem ut minus communi huius aetatis, quae coniecturis mirifice delectatur, consuetudine excusare ausim, ita in tanta antiquitate documentorum egentissima rerumque summa obscuritate saepenumero unice rei explicandae inserviunt, nunquam vero sine fructu rectiorisque cognitionis excitatione tentantur.

Ipsam Bacchanalium historiam Romae Consulis felicitate et studio, Feceniaeque Hispalae muliebri impotentia, quam hisce privilegiis remunerandam Senatus censuit, detectorum, cum omnibus sit notissima, enarrare necessarium non duxi. Rem igitur ipsam statim aggressurus hunc servabo ordinem, ut singula privilegia deinceps tractans, in unoquoque explicando primum anteriorum interpretum sententias breviter referam et examinem, deinde quae probanda sit ostendam, vel si nulli forte acquiesci posse videatur, novam rationem ineam atque approbem.

## DATIO DEMINUTIO.

Haec duo privilegia quia plerique ita interpretati sunt, ut inter sese arctissime cohaereant,

coniunxi. Plerosque aio ita interpretatos esse; est enim etiam alterum genus eorum, qui suum utrumque locum tenere existimant. De illis prius. In quibus primus recensendus venit Adr. Turnebus, (Advers. XXX, 25.) qui datione deminutione ius patrimonium alienationibus deminuendi significari ratus, ex hoc Livii loco suspicatur, hanc olim ab ea, quam ex posterioris aevi JCtis cognoscimus, prorsus alienam libertinorum conditionem fuisse, ut vivo patrono omnimodo (ne tutore quidem autore) alienandi de bonis suis potestatem non haberent. Quam coniecturam infeliciter tentari statim iudicabit, quicunque patronorum tutelae Favianaeque et Calvisianae actionis meminerit, quae remedia partim a jure civili partim a praetore eo reperta sunt, ne libertis in exitium patronorum fortunas suas perdundi facultas foret (*b*). Sed et illud negotium ei facessit quod eo tempore, quo SCtum nostrum conditum est, ipso Livio autore (XXXIX, 9.) jam decesserat patronus, ex qua difficultate non tam se expedire, qaum in latibula confugere videtur, cum ait, Senatum, vel quia mortem patroni ignorasset, vel quia mulierem omni iure conditionis libertinae liberatam et defunctam beneficio suo voluisset, id quod iam habebat, ei dedisse.

---

(*b*) M. Donatus ad h. l. coniecturam Turnebi rationibus probaturus, adeo summa imis miscet, ut etiam tutelam, qua libertae continebantur, inter argumenta suae sententiae referat.

Nihilominus haec interpretatio paene omnibus insecutis LIVII interpretibus vel tacite vel expresse probata est, potissimum ex quo IO. FR. GRONOVIUS a levibus quibusdam GUTHERII incursionibus eam salvam praestitisse videbatur. Nominasse sufficiat praeter ipsum GRONOVIUM, DOUIATIUM, DUKERUM, MATTH. AEGYPTIUM, (ad SC. de Bacchanal. p. 156.) CREVERIUM, DOERINGIUM, HEUSINGERUM (in versione Livii vernacula). In alia omnia discessit ANDR. ALCIATUS (Parerg. iur. IX, 19. Opp. Basil. 1582. p. 523. B.) qui, posteaquam mulieres lege XII tabularum in tutoris potestate fuisse, nec absque eius autoritate quid cuiquam dare seu contrahere potuisse, nisi quae capite deminutae fuissent, i. e. in viri manum convenissent, ex BOËTHIO in Top. CIC. [c. 4.] praemonuit, dationem interpretatur dandi i. e. alienandi et contrahendi licentiam (*c*), deminutionem vero capitis deminutionem, ut liberta sui iuris censeretur et sine tutore res suas agere posset. Itaque quanquam ICtus in hoc grammaticis conveniat, utroque privilegio FECENIAE liberrimam bonorum suorum administrationem permitti, duobus tamen ab iis discedit, primum quod ipso iure libertas alienandi potestatem habuisse, tantumque tutoris imperium FECENIAE remitti statuit, tum quod deminutionem non bonorum sed capitis intelligit. Et illud quidem rectius sine dubio, nisi quod ita alia difficultas oriatur, dum ius deminuendi sine tutore intelligitur, quanquam

---

(*c*) Adde: sine tutore autore.

tutoris in SCto nulla mentio fiat. Durius vero quam quod ferri a quoquam possit, alterum videtur, quod nudam deminutionem per capitis deminutionem interpretatur, quare neque huius capitis deminutionis expositionem aperte falsam ultra exagitare necessarium erit.

FRANC. HOTMANUS (Observ. III, 16.) verba *quasi vir ei testamento dedisset*, quae in fine leguntur, sic accepit, ut ad omnia praecedentia privilegia pertinerent, quod qui ignoret, difficile intellexerit, quo pacto eo erroris delatus sit. Ait enim, tantum innuptas foeminas in potestate tutorum egisse, nec alienare quicquam sine autoritate eorum potuisse, contra quae in manum convenissent, iis a marito alienandi et disponendi bona sua potestatem tutela liberam legari solitam. Quod unde acceptum sit, et quomodo illi tutoris optioni, quae simul mulieri tribuitur, conveniat, scilicet difficile explicatu est. Sed tamen apparet, eum quoque *dationem deminutionem* similiter ac TURNEBUM eiusque sectatores pro iure patrimonium erogandi accepisse. Caeterum GUTHERIUS (de iure pontific. II, 7.) adversus totum hoc genus illud verissime animadvertit, ineptae verbositatis minimeque privilegiorum ponderibus convenientis vitium LIVIO ingerere, quotquot idem deminutionem quod dationem significare iubeant.

Sed veniamus ad caeterorum interpretum familiam, qui suam utrique et ab alterius diversam vim ac potestatem dationi et deminutioni tribue-

runt. Et dationem quidem M. DONATUS ad h. l. prorsus similiter exponit, ac TURNEBUS, nisi quod illius suspicionem de alienatione libertis olim interdicta argumentis approbare tentet, sed tam ineptis, ut iisdem refutetur. De *deminutione* autem novum quoddam excogitavit, idque satis mirum. Cum enim observasset, deminuti appellatione id quoque contineri, quod usucaptum esset (l. 21. D. de haered. petit.) *deminutionem* hoc loco ius usucapionis significare putavit, quo libertinos caruisse jure civili videri, tum quod liberti ex servis fiant, qui, cum ipsi possideantur, nihil possidere intelligantur, tum quod perpetua patronorum tutela contineantur, et bona ipsorum vel certe pars ad eos pertineat! Quae cum eiusmodi sint, ut dum referantur, concidant, confutandi operam non insumo.

GUTHERIUS (de iure pontific. II, 7.) ut adversariorum nonnulla vitia acute viderat, ita dum ipse novam huic loco lucem accendere conatur, nescio in quae somnia deferri se passus est. *Gentis* enim vocabulum, quod ante *enuptio* positum est, *dationi* et *deminutioni* aptans *datione gentis* significari ait gentilitatem, ut FECENIA ex libertini ordinis obscuritate ad ingenuae et patriciae splendorem Senatus beneficio proveheretur. Deinde vero dari *gentis deminutionem* i. e. patriciae gentis rursus abjiciendae potestatem, dum, alter quidam Clodius, arrogatione a patribus ad plebem transeat. Quam quidem interpretationem qui probe irrisam et exagitatam legere cupiant, adeant GRONOVII ad h. l. adnotationes, qui paullo acrius

quidem suo more ipsum insectatus est, sed et argumenta ad confutandum tam sagaciter conquisivit, ut nihil praeterisse videatur.

Denique hac nostra aetate V. C. Aegidius de Loehr (Magaz. für Philos. u. Gesch. d. R. Tom. III. p. 419. not.) suam de hoc loco opinionem perbrevi annotatione non tam explicuit, quam obiter indicavit. Tantum apparet, *dationem* eum accepisse pro dotis datione, et *deminutionem* pro capitis deminutione. Num vero sola tutoris autoritas ad haec negotia gerenda ei remissa videatur, an ipsa negotia primum concessa, nihil addidit. Sed quicquid sit, nemini facile probabit illas voces solite positas eandem recipere significationem, quae compositis inest; neque video, cum et aliarum rerum innumerabilium aeque datio sit, ut judicis, tutoris, libertatis, qua necessitate dotis dationem potissimum inde eruerit; de *deminutione* vero contra Alciatum supra dicta repetere opus non est.

Percensitis omnibus, quae mihi ad hunc diem innotuere, horum vocabulorum interpretationibus, jam proprio Marte disquiramus, quid, si solam dicendi consuetudinem jurisque praecepta duces sequamur (neque enim alii rectam viam demonstrare possunt), his appellationibus significetur, vel an omnino sanus et huic loco quadrans sensus ex iis erui queat. Et ad *dationem* quidem quod attinet prius dispiciamus numne *datio* ita alicubi simpliciter posita inveniatur, ut et iuris significationem contineat, sensumque huic loco

convenientem efficiat. Quod, si lexicis fides, plane negandum est. Solus Brissonius duo loca indicavit, ubi *datio* nulla quidem alia vocula adiecta dicitur, sed ut cuivis statim appareat, non tam proprio aliquo sensu, quam ex occasione orationisque cursu quodammodo invitante, dictum esse. In altero enim loco (l. 68. in fin. D. de solution. et liberation.) *datio* significat dandi actionem, qua obligatio, quae in dando consistit, solvitur, vel et ipsam obligationem, quae tam accurate discerni interdum vix possunt. In altero vero loco (l. 82. D. de condition. et demonstration.) ita dicta est, ut, cum duo praestanda viderentur, alterumque in dando, (ut nummi darentur) alterum in faciendo consisteret, (ut rationes redderentur) *dationis* vocabulo prior praestatio denotaretur.

Ita igitur, ut propria certae rei appellatio sit, *datio* nusquam invenitur: ut vero esse possit, dandi vox, unde *datio* derivatur, solennem aliquam significationem contineat huic loco accommodatam, necesse est. Sed et hoc omnino negabimus. Enimvero ut haec appellatio insita sua vi per omnia fere dictionum genera latissime diffunditur, ita propriam quandam proprio significatu notionem sibi assumpsisse potissimum in jure civili demonstrari nequit, nisi forte illam significationem dixeris, quod dare is, qui sententiam fert secundum aliquem, imminute in quibusdam veterum locis dicitur (cf. Brissonium de V. S. v. *dare* num. 3.) de quo hic ne cogitari quidem posse, res ipsa loquitur. Praeterea in innumera-

bilibus quidem iuris formulis scriptorumque locis, sed communi significatione ponitur ea, quam SENECA de benefic. I, 10. non inepte sic interpretatus est: *Dare*, ait, *aliquid a se dimittere est et id, quod tenueris, habendum alteri tradere.* In singulis tantum iuris partibus, ubi quotidie paene haec vox usurpabatur, cum incerta eius ratione ipsum ius facile incertum reddi posset, subtilius, quid ea significari videretur, definire placuit. Quod in stipulationibus accidit; nam in hac stipulatione, fundum Tusculanum dari, id continetur, ut promissor dominium fundi in stipulatorem transferat. L. 75. §. 10. D. de Verb. Oblig. Item in legatis dare rem damnatus de dominio praestando tenetur. GAI. II, 204. Sed quam parum haec explicatio ex ipsius natura verbi manaverit, inde cognoscitur, quod in emptionibus contraria explicatio recepta sit; venditor enim, qui rem dat, tantum ut emptori habere liceat, non ipsum dominium praestat. Itaque apparet, dominii transferendi necessitatem non adeo dandi verbo inhaerere, ut ad id ἐρήμως positum referri debeat. Hoc vero voluerunt ii, qui *dationem* hoc loco per rerum suarum dominium transferendi facultatem interpretati sunt. Sed licet concedamus, quod fortasse concedendum est, plerumque *dationis* vocabulo id, ut dominus efficiatur is, qui accipit, intelligi, vel sic tamen illorum explicatio reiicienda est. Haec enim, si verbo definire placet, eo redit, ut *datio* hic posita sit pro alienandi facultate, quod prorsus ferri non posse, nemo non sentiet latine loquendi consuetudine

praesertim in iure civili tantillum imbutus (*d*) Dare enim ita significat dominium transferre, cum ad eius, qui rem praestare cogitur, obligationem respicitur, et quid eum praestare oporteat, quaeritur; nunquam vero cum de facultate minuendi patrimonii agitur, ubi proprium est alienandi et abalienandi nomen. Quod utrumque exemplo explanare lubet. Eum, qui stipulanti mihi C promisit, dare eos nummos oportere recte dices, hac sententia: dominum nummorum efficere me oportere. Hic vero nemo unquam, opinor, dixit: nummos alienare eum oportere. Ex diverso recte dices, accidere aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui non sit, habeat; vel pupillum sine tutore autore alienandi potestatem non habere, vel res mancipi mancipatione et in iure cessione abalienari posse. Hic vero cuiusnam, quaeso, aures ferent dicentem, eum, qui dominus rei non sit, dare eam aliquando posse, et similiter in caeteris?

Eversa igitur hac interpretatione, novam ut praestarem, jure a me exspectaretur. Ego vero, quod aiunt, facilius dirui quam aedificari, id ve-

(*d*) Quod tamen tanti viri, TURNEBUM dico, DONATUM, GRONOVIUM, DUKERUM, alios in hac explicatione acquievere, magis loci desperatione, quam iuris civilis dictionum parva cognitione factum puto. Quo magis mirandum est, GUTHERIO hoc suboluisse, cui adeo haec interpretatio a latinitate abhorrere visa est, ut in ineptissima decurrere, quam ei subscribere mallet.

rissime dictum esse, magis nunquam sensi; nullam enim, quam huic explicationi substituerem, invenire potui; neque plane video, nisi alienationem hac *datione* denotari dicamus, quod concedi non posse, modo probavi, quae alia significatio huic loco quadrans inde elici possit. Unde duplex refugium patet; primum, ut dicamus SCti conditi tempore *dationem* propria quadam significatione dictam esse, quae nos nunc lateat, alterum, ut locum corruptum judicantes coniectura iuvare conemur. Prior ratio (quae non explicat, sed explicari non posse fatetur) etiam propterea displicet, quoniam verbum tam generale, quod infinitis dicendi formulis inseritur, sententiam quandam peculiarem, ac propriam denotare potuisse, procul a verisimili abest. An vero altera ratione aliquid praestare nobis contigerit, infra videbimus. Nunc enim ad *deminutionem* accuratius excutiendam pergamus.

*Deminuere de bonis*, *de facultatibus*, *de haereditate*, *bona deminui vetare* et similiter quoque *deminutio ex bonis*, *facultatum*, *patrimonii* innumeris locis dicitur. Sed et *deminuere* et *deminutio* simpliciter, ut patrimonium, de quo deminuitur, intelligatur, eodem sensu saepissime in libris iuris invenitur. De utroque vid. BRISSONIUS de V. S. s. v. *deminuere*, *deminutio* et HOTMANUS Observ. III, 16. Quibus locis omnibus diligenter inter sese comparatis, efficitur, *deminutionem* bifariam dici, primum simpliciter, cum significat, ut bona vel facultates alicuius extenuentur et minores reddantur, sive consilio id sive necessitate et cala-

mitate accidat. L. 3. D. de damno inf. l. 5. §. 16. D. de donat. inter vir. l. ult. D. de administr. et peric. l. 8. D. de confirm. tut. l. 55. §. ult. D. de administr. et peric. l. 3. §. 2. D. de usur. Tum vero propria quadam ex arte sumta significatione, cum quaeritur, utrum deminuendi potestatem habeat aliquis, an minus, quam solam significationem huc pertinere posse palam est. In summa vero sciendum est, hac sententia ita fere perpetuo *deminutionem* dici, si existat aliquis, cuius, bona non deminui, intersit, qui aut extraneus esse potest, utpula patronus, si libertus in fraudem eius deminuit (l. 1. §. 6. 7. D. ne quid in fraud. patron.), vel creditores, cum haeres ius deliberandi impetravit (l. 7. D. de iur. delib.) venterve in possessionem missus est (l. 1. §. 20. D. de vent. in possess. mitt.) vel agnati, cum praetor furioso bonis interdixit (l. 10. D. de curat. furios.) aut is ipse, qui deminuere prohibetur propterea, quod eius quoque, posteaquam adolevit, referat, ne suae mentis nondum compos bona dilapidaverit (l. 1. §. 2. D. de tutelae). Cum vero quaeritur, quibus factis deminuere videamur, respondendum est, quocumque accidat, ut aliquid de bonis detrahatur (l. 5. §. 3. D. de Carb. edict.) Unde quidem magna familiaritas inter deminuendi et alienandi voces intercedit, sed tamen eo differunt, quod *deminutio* latius patet, quam alienatio, et praeter alienationem alia quoque contineat. Nam qui alienat rem, sine dubio etiam deminuit, quoniam ius ex patrimonio demit et dimittit (l. 1. pr. §. 1-7. D. ne quid in fraud. patr.) deminuere vero videtur et is, qui actiones exercet (l. 7. §. ult.

D. de iure delib.) et qui usucapere patitur (l. 21. D. de haered. pet.) et ut condemnetur, operam dat, diemve actionis abire patitur (l. 1. §. 7. D. ne quid in fraud. patr.).

Summa igitur huius verbi vis versatur in eo, ut cui *deminutio* interdicta sit, ei nullo pacto patrimonium suum vel negligentia vel facto suo extenuare liceat, quoniam immineat aliquis, cuius intersit bona servari. Iam vero FECENIAE *deminutio* tribuitur, i. e. ut patrimonium in futurum deminuendi potestas esset; ita enim acceptum est a plerisque interpretibus, neque plane aliter accipi posse liquet. Quod tamen ut procedat, necesse est, ut antea deminuendi potestate caruerit. Hic vero duae caussae, propter quas deminuere libertae non licuerit, cogitari possunt. Prior haec est: si quid dolo malo liberti factum erat, quo minus quam debita pars ad patronum perveniret, praetor interveniebat, easque fraudulentas deminutiones et alienationes revocabat (l. 1. pr. D. si quid in fraud. patron.). Unde plenissima lux huic loco affundi videtur; *deminutionem* enim largitus Senatus, hoc FECENIAE videtur dedisse, ut, quoad luberet, patrimonium suum invito patrono deminuere liceret. Sed quantumvis haec explicatio prima facie arrideat, tamen accuratius paullo inspecta ab hac specie omnino aliena invenietur. Nam quo tempore hoc SCtum fiebat, patronus iam decesserat, neque filium nepotemve ullum, quorum interfuisset, ne FECENIA deminueret, in familia reliquerat, cuius rei illud documento est, quod mulier post mortem patroni sibi a prae-

tore et tribunis tutorem petiverat. Liv. 39, 9. Plus dico, Praetorem istud edictum omnino tantum adversus libertos non etiam adversus libertas proposuisse. Etsi enim non urgeam, quod libertarum in commentariis ad hoc edictum nusquam mentio inferatur, claris verbis Ulpianus (l. 1. pr. D. si quid in fraud. patr.) iis hoc edicto Praetorem subvenisse dicit, quibus contra tabulas testamenti bonorum possessionem daret, i. e. patronis eorumque proli adversus libertos; non etiam adversus libertas, quarum contra tabulas nunquam bonorum possessionem datam esse, idem Ulpianus testatur, ubi de bonorum possessione adversus tabulas liberti loquens (fragm. XXIX, 2. cf. Gai. III, 43.). *In bonis libertae*, ait, *patrono nihil iuris ex edicto datur.* Patet ergo, adversus libertarum deminutiones hoc edictum locum non habuisse, neque hunc locum ad id referri posse (*e*).

Superat altera ratio, quae in eo est, ut dicamus, ideo Senatum recte *deminutionem* s. deminuendi facultatem dare libertae potuisse, quod antea inutiliter jure civili de suo patrimonio deminuerit; privilegio igitur contineri, ut aut omnino alienare permitteretur, aut, si id iam poterat, sine tutore autore, de quo nunc disquirendum. Sed omnino, ne autore tutore quidem libertas pro-

(*e*) Ratio huius iuris fortassis illa erat, quod iure civili patronis iam satis prospectum erat tutela, qua libertas quo minus pretiosiores res alienarent, obligationesve susciperent, impedire poterant.

proprie deminuere non potuisse, ineleganter statui, iam supra cum adversus TURNEBUM disputaremus, monuimus. Solum igitur relinquitur, ut tantum sine tutore autore libertas deminuere ius civile prohibuisse, eamque tutoris adhibendi necessitatem FECENIAE remitti dicamus. Verum ita in eam interpretationem incidimus, cui iam supra hoc exprobratum est, quod id, quod caput rei est, et propter quod privilegium fit, ut *sine tutore* deminuere liceat, in SCti verbis non commemoretur, sed tantum subaudiatur (*f*). Sed, ut in eo interim difficiles ne simus et quodammodo conniveamus, operae pretium est exquirere, reverane ante SCtum nostrum conditum deminuere FECENIAE sine tutore autore prohibitum fuerit. Quid vero libertabus in bona sua licuerit, quid minus, ea quaestio his praecipue veterum locis tractatur.

CICERO pro Flacc. c. 54. 55. ad Attic. I, 5. Top. c. 11. pro Caec. c. 25.

GAIUS I, 192. II, 47, 80. III, 91, 108.

ULPIANUS XI, 27.

Ex his locis apparet, sine tutore autore mulieres haec fere inutiliter gessisse, si obligationes susciperent, aut actiones exercerent (nam hoc tempore omnia sine dubio lege agebantur) aut res mancipi alienarent, aut civile negotium gererent, quo per-

(*f*) Contra quam clare DIO loquitur, haud melior LIVIO scriptor, cum simile privilegium Liviae et Octaviae ab Augusto datum, his verbis describit: τὸ τὰ σφέτερα ἄνευ κυρίου τινὸς διοικεῖν. Lib. XLI. p. 414.

tinent testamenti factio, in iure cessio, mancipatio, coëmptio, acceptilatio; utiliter vero etiam nullo autore res nec mancipi alienasse, quae sunt pleraeque, omnes paene res mobiles, obligationes, iura urbanorum praediorum, ususfructus, haereditates. Iam nunc iudicare licet, habuerintne mulieres *deminutionem*, necne. Et puto habuisse. *Deminutione* enim prohibita id contineri supra intelleximus, ut quicquid ad extenuandum patrimonium pertineret, irrite ageret is, cui *deminutio* interdicta esset. Mulieri autem eas res, quae nec mancipi erant, alienare permissum erat, quibus longe plurimae res connumerandae sunt, praesertim si libertinam, quae corpore quaestum fecerat, spectes, cuius patrimonium quas, quaeso, praeter servulos aliquos, mancipi res comprehendere potuit? Nihil igitur, si hanc *deminutionis* explicationem tuemur, nisi quod iam haberet, FECENIAE datum intelligeretur.

Sed haud ignoro, quid plerique contra dicturi sint. Dicent enim, discrimen, quod inter mancipi res et nec mancipi est, illo tempore nondum fuisse, sed aetati aliquantum recentiori deberi; antiquo iure omnes res sine autore tutore alienare mulieres prohibitas fuisse. Cf. AEGID. DE LOEHR Magaz. für Philos. u. Gesch. d. R. in commentatiuncula de muliebri tutela. BALLHORN über Dominium. Lemgo 1822. Sed huic sententiae, quam non tam probant, quam persuadere cupiunt, nunquam accedere potui, cum non modo ipsum nomen et institutum summam antiquitatem redolere videantur, sed et GAIUS II, 47.

hoc discrimen ad ipsas XII. tabularum leges referat (*g*).

Quocirca ut propositam *deminutionis* explicationem sustentemus, nihil iam confugii patere videtur, nisi ut dicamus, hoc loco paullulum immutato sensu *deminutionem* positam esse, ut hoc privilegio non id quidem ei daretur, ut omnino sine autore deminuere patrimonium liceret (hoc enim sine privilegio etiam ante licebat) sed ut saltem iis *deminutionibus*, quibus antea prohibita erat, liceret, i. e. ut etiam rerum mancipi alienandarum potestatem nancisceretur. Quae quidem angustior huius appellationis interpretatio quam parum conveniat ei sensui, quem in caeteris locis omnibus habet, paucis ostendam. Iulianus (l. 10. D. de curat. furios.) eos, quibus per Praetorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, probaturus, hanc reddit rationem, quia in bonis non habeant, cum eis *deminutio* sit interdicta. Cui igitur deminuendi ius non est, nihil ad alterum transferre potest, sive mancipi res sit seu nec mancipi. Item quem Praetor ut suspectum haeredem deminuere vetuit, ab eo non tantum emi, sed ne usucapi quidem quicquam potest, si is, qui emit, interdictum noverat. L. 7.

(*g*) Gaium hoc loco ipsam legis constitutionem fideliter referre, etiam inde colligitur, quod agnatorum tantum, non etiam patronorum tutelam commemorat, videlicet XII tabulis ignotam, quanquam postea idem in utraque tutela sine dubio juris erat.

§. 5. D. pro empt. Et ita in caeteris quoque locis *deminuere* et *deminutio* ponitur, hoc significans ut cui *deminutio* interdicta sit, prorsus nihil *deminuere* possit, non ea tantum, quae eximii pretii sunt.

Accedit, quod re diligentius explorata, etiam mancipi res sine tutore autore liberta nostra ad alios transferre potuerit, non recta quidem via, sed tamen tradendo sic, ut emptor usucapione post annum vel biennium dominus efficeretur, et ante hoc tempus fortasse Publiciana actione defenderetur (*h*). Fecenia enim non legitima tutela in posterum regenda erat, sed alterius generis tutela, tutore videlicet ex optione sumto. Atqui et Cicero ad Attic. I, 5. et Gaius II, 47. uno ore testantur ita demum res mulieris, quae mancipi fuissent, sine autore traditas usucapi non potuisse, si tutorem legitimum habuisset. A Fecenia igitur eo tempore, quo SCtum condebatur, mancipi res etiam sine autore tutore traditae usucapi et ita ad emptorem transferri poterant. Itaque solae fere obligationes relinqui videntur, quibus sus-

(*h*) Quam quidem plerique praeeunte Pighio ad a. u. 685 referunt (cf. Hugo Rechtsgesch. p. 391.). Sed Ciceroniana aetate anteriorem judicavit Heineccius Antiq. jur. IV, 6. §. 28. Rei venditae et traditae exceptio hac tempestate eam ob caussam nondum dari potuit, quod donec lege agebatur, omnino exceptionum nullus usus fuit. Sed ante id temporis sine dubio praetor omnino lege agere dominum prohibens etiam efficacius se interponebat.

cipiendis nisi tutore autore deminuere patrimonium non poterat; neque tamen ullo probari posse loco arbitror, *deminutionis* appellationem etiam ad obligationum contractus referri, siquidem qui se obligat, nondum de patrimonio detrahit, ut is, qui alienat.

Quid? quod *deminutionem* ita supra dici intelleximus, si immineat quis, cuius intersit, ne deminuatur, qui in hac caussa, patrono demortuo, erat nullus. — Denique illud superaddere liceat, verisimile non videri, libertae simul liberationem a tutela, etiamsi in quibusdam duntaxat caussis, et mitiorem tutelam impertitam esse, cum utrumque eo spectet, ut facilius et liberius res suas tractare possit. Nam sic idem perfecte et imperfecte quodammodo ei datur. Multo sane probabilius foret, huic parti sola tutoris optione data Senatum prospicere voluisse. Ex quibus omnibus, ni fallor, hoc efficitur, etiam *deminutionem*, ut adhuc intellecta est, ad hunc locum caussamque parum facere, et in aliis omnibus veterum locis aliter accipi, quam hic, ut tolerabilis sententia fiat, accipi possit.

Cum igitur ex his primis vocabulis nulla neque Feceniae Hispalae idonea satis et exoptata privilegia erui possent, non iniuria locum depravatum iudicare mihi visus sum, et de medicina adhibenda cogitare coepi. Duas vero proferre possum; alteram quidem a viro quodam perdoctissimo mecum benigne communicatam, qui maxime illam *dationem* sensu carere iudicans pro

ea *obligatio* substituendum censet; quam coniecturam et scripturae affinitate iuvari (*i*) sensumque satis bonum efficere videri. *Obligationem* interpretandam esse ius sese obligandi sine tutore autore s. obligationis suscipiendae. Mulieres enim ad obligationes suscipiendas tutoris autoritate opus habuisse, satis constare. Sed tamen neque hac coniectura omnia dubia dispelli mihi videri, paucis (si modo id mihi fas) explicare liceat. Primo enim illa *deminutio* restat, nunc etiam molestior et turbantior, quoniam obligationis suscipiendae iure ex ea secreto et separatim posito, nihil nisi cassum nomen sine re relinqui videtur. Deinde an *obligatio* huius aevi fuerit, addubitem, cui ius nexi vel simile quid magis conveniret. Tum duriusculum, iterum tacite intelligi *sine tutore autore*, postremoque simile huic obesse privilegio videtur, quod et de *deminutione* supra monui, probabile non esse, Senatum concessa libertinae tutoris optione, quo dicis gratia tutorem haberet, qui et invitus ad autoritatem interponendam cogi posset, rursus in quibusdam caussis a tutela omnino liberare eam voluisse.

Verum quicquid sit, illud vehementer sentio me omnium minime decere, in hac caussa iudicare velle, ideoque et doctiorum et integriorum iudicum arbitrio totam permitto.

---

(*i*) Nam si ita scriptum fingas *Hisp. obligatio*, facile inde depravari potuisse: *Hispalaedatio*; quanquam propria nomina in libris, quae in iure non versantur, plerumque per compendia scribi non solere dicuntur.

Mihi equidem in mentem venit, ut pro *datio deminutio*, scriberemus *capitis deminutio:* primum non violenta, opinor, correctione (*k*) eamque ob caussam non improbabili, quod librarii semidocti, sive absonum rati, *capitis deminutionem* beneficii loco dari, sive scripturae compendio decepti, ex *capitis deminutio* id, quod admodum vicinum erat, *datio deminutio* facile efficere potuerunt. Quaeritur igitur, quid privilegii *capitis deminutione* significetur. Ante omnia autem animadvertendum est, cum decernit Senatus, ut ei *capitis deminutio* sit, non hoc intelligi debere, ut libertina pro capite deminuta sit, quod scilicet usus loquendi non patitur (*l*), sed ut ei ius sit sese capite deminuendi. Hanc enim vim habere illam flexionem finalem in *io*, actionis et testamenti factionis exempla cuivis in mentem actutum revocabunt; tum omnes hae voces, cum privilegia praedicent, iuris significationem in se contineant, necesse est. Et hoc facile probabitur; difficilius forsan illud, an specialiter *capitis deminutio*, quae ipsa verbi origine infortunium eius, qui eam patitur, deminutumque ius indicare creditur, ad privilegium enunciandum apta videri potuerit. Verum enimvero dicendi usus sic com-

---

(*k*) Scriptum finge: CA.TIS DEMINUTIO per compendium, ut scribitur *h'tatis*, vel *h'd.tatem* pro *haereditatis*, *haereditatem*, aliaque permulta similiter. Cf. indic. sigl. Goescheuianum Gai. edit. praemissum.

(*l*) Recte Gronovius notavit Gutherium *datio ut esset* interpretantem *ut gens data esset.*

paratus est, ut oblitus quodammodo, quid principio vox aliqua denotaverit, re ipsa ita ferente, ad alias significationes eam pedetentim traducat. Plane, ut exemplo defungar, *deminutionem* nemo dubitavit interpretari per ius deminuendi, et recte, quanquam et huius verbi origo ad damna et detrimenta fortunarum nostrarum spectat. Quem enim oblectat, si suae fortunae tabescant et tenuem redigantur ad assem? Sed quoniam fructuosum nobis esse potest, deminuere patrimonium licere, vox in iuris significationem abiit. Itaque huic dubitationi satisfactum erit, dummodo probaverimus *capitis deminutione* concessa verum ac solidum ius Feceniae contingere.

*Capitis deminutio* tribus modis accidit. Maxima est, cum quis simul et civitatem et libertatem amittit eo quod liberum caput cum servili capite commutat; quae cum iura tantummodo eripiat, nulla restituat, hinc merito abesse iubetur. Media est, cum quis civitatem mutat, i. e. in pristina rep. civitatem perdit eo, quod in altera civis receptus est (m). Et si hanc *capitis deminutionem* hic intelligamus, iam mihi privilegium Hispalae utilissimum deprehendere videor, quod in eo fuerit, ut civitate Romana derelicta in aliam civitatem immigrare ei liceret. Quan-

(m) Haec antiquo iure recepta mediae *capitis deminutionis* ratio cognoscitur ex Ciceronis orat. pro Balbo et pro Caec. De minima novam faculam praefert Gaius I, 162. praesertim si recte, i. e. ut nunc editum est, legatur.

quam enim civitatis abiiciendae ius secundum regulam iuris civilis unicuique civium competebat, aliter tamen in libertis observatum esse, idonea ratio reddi potest. Si enim libertae gente enubere prohibitae fuerunt propterea quod extraneis nuptiis quaesitis gentilitatis iura violarent, quomodo civitatem mutare licere iis potuit? Similiter libertae invito patrono in servitutem se abiicere ex SCto Claudiano permissum non erat. ULP. XI, 27. Certissimum igitur est, si libertina Romano solo relicto alienae civitati ascribi voluisset, suo iure id ei non licuisse, sed gentiles patronumque, si is in vivis fuisset, iure postliminii eam ad exemplum servi fugitivi repetituros fuisse. Exoptatissimum vero quin hoc privilegium FECENIAE fuerit, nullus dubito. Romae enim caritatis vinculis, quae plerosque homines, quo minus domicilium diu retentum facile derelinquant, movere solent, parentes dico, agnatos, affines, FECENIA liberta et caelebs nullis tenebatur, neque civitatis Romanae dulcedine, ut mulier, liberta, meretrix, quibus quam infestum fuerit ius civile non ignoramus, tantopere delectari potuit. Ex diverso foris multae et gravissimae res arridebant, et quodammodo ex vinculis Romae civitatis evocare eam videbantur. Missum facio, quod ut ingenua honestaque civis illibata existimatione reliquam vitam alibi ducere potuerit, quid, si Hispania repetita, unde eam direptam fuisse ipsum nomen testatur, patrios Lares, parentes, agnatos exoscularetur, ibique omnia iura, quae haberet ea, quae optimo iure civis esset, postliminii iure reciperaret? Denique summis in votis FECENIAE fuisse, ut

urbe Italiaque procul vivere liceret, ipsa non semel apud LIVIUM significat (XXXIX, 13.). *Itaque hoc consulem orare ut se extra Italiam aliquo amandaret, ubi reliquum vitae degere tuto posset.* (c. 14.). *Peracto indicio advoluta rursus genibus preces easdem, ut se ablegaret, repetivit.* Ablegari igitur precatae longe dignius beneficio, quo remp. sibi obligaverat, privilegium linquendae suo iure eius civitatis, quae servitutem eius infamiamque viderat et undique insidiis ei minabatur, Senatus largitus est.

Quae quidem omnia quanquam ita comparata sint, ut haec ratio neutiquam temere abiicienda videatur, alia tamen suppetit, nescio an huic praeferenda. Tertia enim restat *capitis deminutio*, quae minima ideo nominatur, quod neque ex liberorum hominum neque ex civium censu caput nostrum eximat, sed tantum unius familiae societate ac iuribus nos privet eo, quod in alterius societatem ac iura immigravimus. Cum enim familiae ius derivetur ex iure patriae potestatis, quod dominium imitatur, non magis caput nostrum duabus familiis insertum, quam eadem res duorum in solidum esse potest. Et si quidem ex hac minima *capitis deminutione* aliquid privilegii elicere contingat, ob duas maxime caussas ad hanc, quam ad mediam *capitis deminutionem* verba SCti referre malim, primum quod *capitis deminutio* simpliciter posita plerunque minimam significat, tum quod caetera beneficia, quae FECENIAE SCto dantur, ad ius privatum pertinent.

Cum autem minima *capitis deminutio* quadruplex sit, inprimis videndum, quaenam ex his libertae conveniat. Quatuor vero modis capite minui inde intelligitur, quod quatuor modis quis in aliam familiam transire potest, quo fit, ut pristinam exuat; cum in patriam potestatem redigitur, puta adoptione, cum in manum convenit, cum mancipio accipitur, et cum paterfamilias fit e mancipio manumissus. Ex his generibus *capitis deminutionis* FECENIAE neque in potestatem redactio convenit, quoniam adoptari ut liberta, arrogari ut mulier nequit, neque mancipium neque e mancipio manumissio, quoniam suae potestatis erat. Restat, ut in manum conveniat, quae propria est foeminarum capitis deminutio. *Capitis* igitur *deminutionem* hic pro in manum conventione positam apparet, quod eo diligentius attendendum est, quod ita veteres locutos esse ex M. TULLI loco intelligitur Top. c. 4. *Si ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari.*

Duplicem vero sensum in manum conventionem FECENIAE SCto concessam recipere posse video; primum ut viro sine tutoris autoritate in manum convenire liceat, quam explicationem saltem duriorem non esse spero illa, quod alii viri doctissimi *dationem* et *deminutionem* ius sine tutore autore dandi et deminuendi interpretati sunt. Sed cum ea, quae in quaque re gravissima sunt, sine nimia duritia omitti non posse existimem, hanc interpretationem facile reiicio. Altera in eo est,

ut libertinas antiquo iure omnino viris in manum non convenisse statuam, quae quidem, fateor, coniectura est nullo diserto testimonio certa, sed tamen multis rationibus non improbabilis; quas deinceps subiiciam.

Ubi successio in bona libertarum exponitur, nunquam ad illum casum respicitur, si liberta viro in manum convenerit, eoque modo agnatos sibi quaesiverit; quo casu cum omnem succedendi ordinem immutari oporteret, non tantum GAIUS et ULPIANUS sed et ipse Praetor, qui omnes hanc caussam praetermisere, mirabilis negligentiae insimulandi forent, si omnino in manum convenire libertis licuisset.

Item GAIUS eas caussas referens, in quibus legitimi tutores autores fieri non coguntur, quae omnes sunt eiusmodi, ut iis vel deminuatur haereditas patronis vel eripiatur, in manum conventionem omittit, quae cum omnia patronatus iura velut una strage exstingueret, prae caeteris in hac classe censenda videbatur. Et saue omittere non potuisset, si manumissis foeminis licuisset in manum convenire. Atqui GAI temporibus cum lege Claudia agnatorum tutelae sublatae essent, eae solae foeminae quae vel e mancipio vel e servitute manumissae erant, legitima tutela regebantur, quibus in manum convenire ius civile non permittebat.

Deinde CICERO Top. 4. si ea mulier, ait, testamentum fecerit, quae capite nunquam se deminuerit, secundum eas tabulas non magis possessio-

nem dari, quam secundum servorum et infantum, i. e. earum personarum testamenta ipso iure irrita esse. Cum vero certissime probari possit, libertas ad testamentum faciendum nulla coëmptione et manumissione opus habuisse, (cf. GAI. III, 45. ULP. XXIX, 3. LIV. XXXIX, 9.) apparet, CICERONEM, qui omnes mulieres γενικῶς comprehendit, falsissimum dixisse, nisi libertae, quoniam omnino in manum convenire non possent, ultro exceptae intelligerentur. Infinite autem vel etiam false locutus esse, omnium minime in τοπικῶν libris, ubi et verba et sententiae ad vivum resecandae erant, CICERO fingendus est. Eadem fortasse ratio loci Gaiani de mulierum testamentis (I, 115.) ubi exceptae istae personae magis ad virgines Vestales et mulieres emancipatas et civitate donatas referendae videntur, quam ad libertas. De his vero sine dubio in sequentibus locutus erat, quae si non invidissent nobis monachorum manus, non esset fortasse quod laboraremus.

Tum et alium CICERONIS locum pro Flacc. c. 34. huc pertinere puto. Adversarius Flacci probaturus, Flaccum in provincia mulieris haereditatem iniuria arripuisse, quia in manum mariti convenisset, fundamenti loco, cui caeteram argumentationem superstruat, simpliciter affirmat: Ingenua fuit. Quod quanquam CICERO, suae caussae inserviens, intelligere dissimulat, et sic interpretatur, ut adversarius iuris imperitissimus appareat, dubium tamen non est, quin is hoc significare voluerit, mulieri illi, quo minus in manum mariti conveniret, non obstitisse libertinitatem;

ingenuam enim esse; aperte igitur meam sententiam confirmat.

Fortasse et eorum matrimoniorum, quae sine in manum conventione legitime inibantur, origo ex in manum conventione libertinis prohibita explicari potest. Cum enim libertae in manum conveniendi iure carerent, ipsa necessitate, matrimonia nuda voluntate inire cogebantur, eaque pro iustis habenda erant, quoniam alia iusta contrahendi potestatem non habebant. Hoc vero etiam sine in manum conventione nubendi ius ac mos a matribus libertis facile ad filias repere potuit, ab his ad plebeias mulieres, donec propter luculentam utilitatem in omnibus familiis vulgaretur, ut postea statuerent mulieres, utrum suae familiae ius retinere, an viris in manum convenire mallent (*n*).

Ratio vero, cur tam iniquum libertabus ius constitutum sit, illa videtur, ne patroni nubentibus libertis omni patronatus iure exciderent, quod

---

(*n*) Plerique hodie haec matrimonia ab Latinis institutis derivant. Sed qua ratione Latini minus certis et strictis iuribus suas familias descripsisse, minusque iuris patrifam. et marito dedisse existimandi sint, non intelligo; praesertim, cum inveniam apud Gellium N. A. IV, 4. Latinis moribus mulieres sponderi a patribus solitas eoque nomine sponso propriam actionem de sponsu competisse; ex sponsu autem ad mancipandam rem tenemur, si mancipi est unde perquam verisimile fit, coëmptionem Latinorum matrimoniorum propriam formam fuisse. Et quid Etruscis duabus nuptiarum celebrandarum formis opus?

utique post annum muliere a marito usucapta contingebat (*o*). Hic vero dicat quispiam, hoc nomine patronis satis prospectum fuisse iure nuptiis libertarum consentiendi (ULP. XI, 22. l. 48 l. 13. §. 4..5. l. 50. §. 1. D. de operis libert. l. 11. §. 1. C. eod.) quippe consensu negato, cum ipsae nuptiae frustrarentur, spes in manum conveniendi simul praecidebatur. Sed hoc ius ad aliud damnum evitandum, quod ex nudis libertarum nuptiis oriebatur, eis accommodatum est, ne videlicet officii et operarum exactio ei exstingueretur, quae ideo liberta debere desinebat, quod nupta in viri officio esse debebat. (cf. ll. cc. praecipue l. 48. pr. D. et l. 11. §. 1. C. cit. t.) Unde etiam factum est, ut postquam dudum in manum conventiones evanuissent, hoc ius remanserit. Denique si quoties nuptiis libertae consensisset patronus, toties periculum subiisset haereditatem quoque amittendi, nullae hercle unquam libertarum nuptiae fuissent.

Gravissimum sane, quod opinioni nostrae officere videatur, argumentum est in loco GAI (I, 195.) ubi ait, licere libertae evitandae patroni tu-

---

(*o*) Credideris id iam aliam rationem impedivisse, quod de legitima tutela deminui nihil possit. CIC. pro Flacc. c. 34. Sed nostrum ius sine dubio patronorum tutela, quam post XII tabul. legem latam demum ICti induxerunt, anterius est, et de CICERONIS loco admodum vereor, ne plus caussae quam veritati tribuerit; tutores enim mulierum non personae dabantur sed rebus tantum; et quot matrimonia agnatorum avaritia prohibita fuissent?

telae gratia autore eo coëmptionem facere, ut a coëmptionatore remancipata et manumissa eum incipiat tutorem habere, a quo manumissa sit. Ergo in manum convenire libertis licuit. Verum magnopere mihi interesse videtur inter eam in manum conventionem, quae matrimonii caussa fit, eamque, quae fiduciae caussa fit. Illa enim ex necessaria caussa descendit et matrimoniis, quae etsi nullae unquam fuissent in manum conventiones, contraherentur, tanquam sequela quaedam accedit, quapropter libertinis interdictae sunt, ne nubentes patronos iniuria afficerent. Posterior vero a ICtis quasi illius quaedam imago remedii loco reperta est, ad aliquas iuris civilis difficultates explicandas, molestiasque callide removendas, quae cum ad communem omnium usum, siculi caetera omnia eiusmodi commenta, excogitata esset, caussa non erat, cur libertis denegaretur.

Si vero hoc, quod receperam, probandi munere libertas olim maritis in manum convenire non potuisse, rite et feliciter defunctus sum, restat ut utilitatem verbo demonstrem, quae ex hac *capitis deminutionis* concessione in Feceniam redundare potuerit. Quae luculentissima in hoc posita erat, quod et facilius conditiones invenire posset, agnationesque quaerere et haereditates tanquam sua haeres a marito, tanquam consanguinea a liberis, tanquam agnata ab viri agnatis capere, cum alioqui libertae patre et agnatis orbae, quibus natura erant coniunctissimae, iis iure civili alienissimae haberentur. Videmus igitur hoc quoque privilegium eodem, quo caetera fere omnia valuisse, ut in nuptiis

nuptiis contrahendis eodem, quo ingenuae, iure uteretur FECENIA, omnique libertinae conditionis macula purgaretur.

## GENTIS ENUPTIO.

In hoc privilegio explicando non adeo desudandum nobis erit, ut in superiori; plerique enim recte exposuerunt, neque potuere pauculi, qui a communi opinione recesserunt, id efficere, ut non hodie unice illis assentiatur. Rectae explicationi praeivit TURNEBUS (Advers. XXX, 25.) cuius ipsa verba apposuisse non pigebit. "Addit Livius, „datam etiam ei *gentis enuptionem*, quod interpre-„tor, non ut ei ius esset extra libertinum ordi-„nem nubendi: sed ut aliis quam libertis sui pa-„troni aut gentis, ex qua patronus eius erat, i. e. „quam libertis gentis illius hominis, cuius erat li-„berta, nubere ius esset. Enubere autem est ex-„tra ordinem aut genus aut gentem enubere. „Liv. lib. X. [23] *Virginiam Auli filiam patriciam „plebeio nuptam L. Volumnio consuli matronae, „quod e patribus enupsisset, sacris arcuerant.*" Eius vero sententia, ut dixi, hodie a plerisque omnibus comprobata est (Cf. HUGO Rechtsgesch p 95. 98. MUEHLENBRUCH prol. de vet. Romanor. famil. et gent. §. VIII. p. 56.). Sed tamen eos quoque commemorabimus, quibus alia sententia sedit. In his iterum tempore primum locum tenet ANDR. ALCIATUS (Parerg. iur. IX, 19) qui hoc fere modo hunc locum intellexisse videtur. Eam, quae capite deminuta esset, i. e. in manum mariti convenisset, ex gente mariti factam esse, neque amplius in aliam gentem transire potuisse, nisi hanc

facultatem maritus testamento ei dedisset. Atqui Senatum FECENIAE deminutionem i. e. capitis deminutionem dedisse, quo quodammodo in viri alicuius gentem intrasse videretur, ex qua ut enubere posset, hoc novo privilegio opus fuisse. Quo profecto spinosius et argutius nihil inveniri potest.

M. DONATI interpretatio eo redit, ut FECENIAE ius datum intelligat gente sua libertina et plebeia enubendi i. e. patricio nubendi; lege Iulia enim, quam AUGUSTUS antiquatam retulerit ex IULII PAULLI ICti sententia (glossam olet!) cautum fuisse, ne Senatores cum libertini ordinis personis nuptiis iungerentur. Quae sententia satis pulcre haberet, modo probasset gentem dici pro ordine et *gentis enuptionem* pro ordinis enuptione, tum vero etiam ostendisset, quid post hoc maius privilegium illud minus sibi vellet, in *fine* additum, ut ingenuo ei nubere liceret; cui enim datum est conubium cum patricio, eam ingenuo nubere licere sine SCto intelligitur. Sed et illa probatione supersedit et hoc ultimum privilegium haud scio an dolo aliquo omnino non attigit. Caeterum hisce persimilia sunt, quae GUTHERIUS proposuit, in quibus redarguendis iam GRONOVIUS lauream commeruit, nos operam non perdimus.

FRANC. HOTMANUS (l. l.) et ipse quidem *gentis enuptionem* interpretatur ius extra libertinum vel plebeium ordinem nubendi, praeterea vero etiam ius sine tutore autore nubendi, et utrum-

que quasi vir ei testamento dedisset; XII. tabulas enim cavisse, uti paterfamilias testamento suo legasset, ita ius esset. — Io. Fr. Gronovius ab initio quidem Turnebi interpretationem suam facit; sed dum illustrare eam aggreditur, ea qua solent istius aevi grammatici negligentia et incuria ius civile attingere, paullatim in alia delabitur, tandemque hoc sensisse videtur, olim sine patroni consensu libertis et clientibus gente enubere non licuisse. Permultum vero interest, utrum omnino aliquid non licere dicas, an vero patrono tantum non consentiente, quod ex ipsa hac caussa intelligi potest. Si enim tantum sine patrono autore liberta gente enubere non poterat, demortuo patrono nihil Feceniam impediebat, quo minus, nemini iniuriam factura, suo iure uteretur; quodsi omnino non licebat, nihil referebat, viveretne patronus, necne, unde Gronovii sententiam stare non posse apparet. Sed exempla quoque, quae ad hunc locum illustrandum ex Plutarcho de Salonio, Catonis cliente, et ex Tacito de Theophane repetivit, neque recte intellecta esse, neque huc omnino facere, recte iudicaverunt Fabrettus (Inscript. c. 6. p. 478.) et P. Burmannus (ad Vellei. Paterc. II, 18, 3.).

Nobis cum doctissimis viris solam Turnebi explicationem arridere iam sumus professi; neque immerito, opinor, quoniam gentis significatio, hac demum aetate plane eruta nullum aliud interpretamentum admittere videtur. Gentis enim appellatio duplici sententia accipitur, quarum altera ad eos spectat, qui gentem habent i. e. ad

ingenuos illos cives et ab ingenuis oriundos, qui primis reip. temporibus in gentes i. e. universitates quasdam descripti erant; altera vero significatio eos comprehendit, qui illis gentibus ut obedientes atque clientes sub quibusdam conditionibus subditi erant, quorum non minimam partem liberti efficiebant. Hunc vero locum solam posteriorem significationem recipere, nemo ambigit. Ecquis enim putaverit, libertabus nisi cum patronis eorumque gentilibus patriciis nullas nuptias concessas fuisse, cum inter omnes constet, olim patriciis, immo ingenuis, cum libertinis matrimonio iungi summam ignominiam attulisse. Restat igitur, ut gentem accipiamus humiliorem illam, quae ex iis, qui alicui patriciorum genti in obsequium se addixerant, conficiebatur; ut hic sensus sit: libertae olim ius non fuisse alii liberto quam qui eadem gente contineretur, nubere, itaque Feceniae etiam extraneis nubendi potestatem SCto dari.

Cum vero de hoc iure aliunde nisi ex hoc loco nihil constet, quicquid in eo obscurum et explicationis indigens visum fuerit, apparet nisi coniecturis illustrari et suspicionibus non posse. Sed primum quidem quaeritur, quam late illa ex gente enubendi prohibitio patuerit, i. e. utrum ad solas libertas personas pertinuerit, an etiam ad caeteras clientas, sive, quod idem valet, utrum liberta etiam ingenuo clienti eiusdem gentis nubere potuerit, necne et an eadem conditione ingenuae quoque clientes obstrictae fuerint; quod ut intelligatur, de clientum et libertorum statu in

universum paucula delibare lubet. Clientes (fortasse a *κλύειν* dicti, quasi dicto obedientes et obsequentes), si originem species, non multum a libertis diversi fuisse videntur; nisi quod illi olim bello victi ac dediti agroque privati non vendebantur sed singulis patriciis victoribus attributi, ab iis agris possessionibusve suis colendis destinabantur (Cf. Fest. v. *Patres Senatores.* Niebuhr Röm. Gesch. I, 389.). Etiamsi enim in veram servitutem redacti, manuque missi non essent, tamen neque inter ingenuos numeratos esse inde perspicuum fit, quod patricii certe nunquam vocati sunt, patricii vero nomen olim idem, quod nunc ingenui, valuisse, Cincius testabatur (Fest. v. *Patricios.*). Haec vero belli necessitas non unica sed antiquissima tantum clientelarum origo fuit; postea enim plerique pacto in easdem conditiones veniebant. Illud quoque valde simile intercedit inter libertos et clientes, quod is, in cuius patrocinio et obsequio essent, utrisque patronus appellaretur, ipsi vero ei quasi liberorum vice essent (Fest. v. *Patres Senatores*) iisdemque fere officii et caritatis vinculis patronus et cliens, et patronus ac libertus continerentur; numne etiam clientes patroni gentilitium nomen usurpaverint, ut liberti, minus constat, et fortassis, ut ipsa clientelarum conditio varias per saecula vicissitudines passa est, ita non idem semper in hoc moris fuit (*p*). Quibus omnibus reputatis satis probabile

---

(p) Plutarchus in Vit. *Catonis* meminit Salonii, M. Porcii Catonis clientis. Sed qui postea beneficio alicuius civitatem acceperant, patroni gentilitium nomen

fit, libertos eius, qui manumissione patronatum ipsorum meruerat, etiam clientes factos esse, quod et plerisque placuisse video (MUEHLENBRUCH prolus. de Vet. Romanor. famil. et. gent. §. IV. NIEBUHR Röm. Gesch. I, 387.) (*q*) et si gentilitia iura respicias, idem fere circa clientes et libertos iuris fuisse. Unde suspicor, quod hic locus de libertabus testatur, idem ius etiam ad clientas pertinuisse, ut nisi eiusdem gentis clientibus nubere non possent, itemque ad libertorum filias neptesque et deinceps, quas in paternam clientelam succedere necesse erat (cf. CIC. de Orat. I, 39.).

Alia quaestio, sed admodum vicina, est de ratione, qua commoti hanc legem, ne e gente enuberent, veteres libertabus scripserint. Et Cl. MUEHLENBRUCHIUS quidem (prolus. saepius cit. §. VIII. p. 36.) hanc reddit rationem, quod curae fuerit nobilioribus in gente, ne bona eorum, quibus iure gentilitio haeredes existebant, dilapidarentur, sed sarta tecta genti conservarentur. Atqui omnis spes succedendi gentilibus adempta fuisset, si extraneo in manum conveniendo liberta omnes suas fortunas in eum contulisset, quocirca omnino nu-

---

suis nominibus addebant. Suspicor eos tantum, qui nunc demum in civitatem recepti, Romana nomina nondum habebant, ita patroni beneficium nominis memoria retulisse.

(q) Aliud visum FABRETTO (Inscr. p. 476.) sed nullis additis rationibus. ATTICUS quidem habuit clientem CICERONIS libertum (ad Attic. I, 12.) sed fortasse pacto concessum; certe istius aevi exemplum nihil probat.

bere extraneo prohibita est. Cui sententiae firmandae ius Hebraeorum ad partes vocat, quod filiam quae patri haeres exstiterat, e gente enubere prohibet, ne gentilitia bona ex gente exeant (Numer. XXVII, 1. XXXVI. universum. Cf. Saml Stryk. succ. ab intest. Diss. VIII. c. XI. §. 14.). Similiter Athenienses filiam ἐπίκληρον, ut illi vocabant, ei, qui proxime eam sanguine attingebat, in matrimonium adiudicaverunt (Cf. Samuel. Petit. leg. Attic. lib. VI. tit. 1. in Heinecc. Iurispr. Rom. et Attic. I. p. 539.).

Sed mihi haec ratio displicet primum, quod in manum conventio iam alia ratione, ut supra tentavimus, omnimodo libertabus interdicta fuisse videtur. Tum vero si tantum in manum conventionem gentiles veriti essent, eam prohibendo iam satis sibi consuluissent, neque ipsas nuptias cum extraneo ineundas vetare opus fuisset. Deinde similitudo ista, quae inter Hebraeorum et Atheniensium mores et hanc Romanorum constitutionem intercedere dicitur (quanquam veris analogiis in veterum populorum institutis explicandis plurimum tribuendum existimo) quamvis sit speciosa, ita diligentius re perpensa summa dissimilitudo apparet. Hebraei enim ac Graeci singularum patrimonia gentium factis mulierum deminui iniquum et incivile arbitrati, eam mulierem, cui pars patrimonii gentilitii haereditate obvenerat, alii nubere, ac gentili suo, noluerunt. Quod ius Romanis prorsus inauditum. Nunquam enim ingenuis mulieribus, quanquam filiae ne filiis quidem exstantibus ab haereditate paterna arcebantur, extraneo

nubere non licitum fuit. Libertinas autem mulieres cum ingenuis gentilibus nequaquam comparari posse, facile intelligitur. Libertae enim nulla lege ex gente haereditatem ab intestato capiebant, sed si quid peculii reposuerant, suae operae debebant et ad arbitrium, quibus luberet, donare poterant (*r*), neque igitur in manum convenientes extraneo gentem iniuria afficiebant. Hanc vero germanam iuris Romani rationem fuisse, illud documento est, quod mulieres, quae patrimonium ex gente vel familia quaesiverant, testamenti faciendi ius non habuerint; contra manumissae sive ex servitute sive e mancipio (*s*), quoniam gente atque agnatis amissis nullas legitimas haereditates sperabant, item virgines Vestales, quae quanquam

(*r*) Non casu hercle sed consilio patronorum in libertas tutela XII. tabulis omissa est. Ratio veteribus nulla esse visa est, quare tantum patronis in patrimonium libertarum liceret, ut quasi suum sibique debitum tutela custodirent. Successio enim in bona libertorum alio fundamento innititur, quam agnatorum. Agnati enim iure quodam devolutionis recipiebant, quod mulier haeres vel cohaeres facta ex bonis gentilitiis ipsis detraxerat; patroni libertae succedebant, quia alius proximior nullus erat. Sed patronorum avaritia alia iura invexit; tutelam sibi dedere ad similitudinem legitimae, rerumque mancipi usucapionem prohibuerunt.

(*s*) Sola capitis deminutio quae fiebat in manum conventione, non sufficiebat, qua agnati tantum mutabantur; unde Cic. Top. c. 4. negligentius scripsisse apparet. Sed et emancipatio tantundem valebat quantum in manum conventio et e mancipio manumissio, quod Gai. I, 115. brevitatis studio omisit.

capite deminutae nemini tamen ab intestato haeredes fiebant, ipso iure testamenti faciendi ius statim nactae sint (*t*). Ex quo quidem satis patet, studium patrimonium genti conservandi tantummodo in ingenuis mulieribus locum habuisse, adeo ut testamentifactio, libertabus permissa, ingenuis interdiceretur; quo igitur pacto hac ratione, ne patrimonium genti detraheretur, gentis enuptio, ingenuis permissa, libertis prohiberi potuit? Ipsi quidem supra defendimus, capitis deminutionem libertis interdictam fuisse; sed alia ratione, ne patroni, quibus infinitam reverentiam ac officium posteaque ipsa bona debebant, repente omni patronatus iure privarentur.

Itaque alia ratio suasisse mihi videtur, ut libertae e gente enubere vetarentur. Inter omnes constat, veterum istarum gentium potentiam praecipue in clientum multitudine positam fuisse, omnesque historiae plenae sunt exemplorum, patricios et foris bella gessisse clientum manu, et domi in civilibus discordiis fere sola clientum ope plebeiorum impudentiae diu restitisse. Loca Liviana notavit Niebuhr (Röm. Gesch. I, 381. 382.), Dionysiana Feod. Eggo (Untergang d. Naturstaat. p. 210.). Itaque summopere intererat patriciorum, ut suus cuique genti clientum numerus saltem conservaretur, quod fieri non poterat, si clientabus e gente enubere licuisset. Eventurum enim erat, ut liberi ex iustis nuptiis procreati

(*t*) Etiam curationem gentilium contulisse iuvabit. Ulpian. XII, 3.

nubere non licitum fuit. Libertinas autem mulieres cum ingenuis gentilibus nequaquam comparari posse, facile intelligitur. Libertae enim nulla lege ex gente haereditatem ab intestato capiebant, sed si quid peculii reposuerant, suae operae debebant et ad arbitrium, quibus luberet, donare poterant (*r*), neque igitur in manum convenientes extraneo gentem iniuria afficiebant. Hanc vero germanam iuris Romani rationem fuisse, illud documento est, quod mulieres, quae patrimonium ex gente vel familia quaesiverant, testamenti faciendi ius non habuerint; contra manumissae sive ex servitute sive e mancipio (*s*), quoniam gente atque agnatis amissis nullas legitimas haereditates sperabant, item virgines Vestales, quae quanquam

(*r*) Non casu hercle sed consilio patronorum in libertas tutela XII. tabulis omissa est. Ratio veteribus nulla esse visa est, quare tantum patronis in patrimonium libertarum liceret, ut quasi suum sibique debitum tutela custodirent. Successio enim in bona libertorum alio fundamento innititur, quam agnatorum. Agnati enim iure quodam devolutionis recipiebant, quod mulier haeres vel cohaeres facta ex bonis gentilitiis ipsis detraxerat; patroni libertae succedebant, quia alius proximior nullus erat. Sed patronorum avaritia alia iura invexit; tutelam sibi dedere ad similitudinem legitimae, rerumque mancipi usucapionem prohibuerunt.

(*s*) Sola capitis deminutio quae fiebat in manum conventione, non sufficiebat, qua agnati tantum mutabantur; unde Cic. Top. c. 4. negligentius scripsisse apparet. Sed et emancipatio tantundem valebat quantum in manum conventio et e mancipio manumissio, quod Gai. I, 115. brevitatis studio omisit.

capite deminutae nemini tamen ab intestato heredes fiebant, ipso iure testamenti faciendi ius [illegible] tim nactae sint (*t*). Ex quo quidem [illegible] studium patrimonium genti conservandi tantummodo in ingenuis mulieribus locum habuisse, adeo ut testamentifactio, libertabus permissa, ingenuis interdiceretur; quo igitur pacto hac ratione, ne patrimonium genti detraheretur, gentis enuptio, ingenuis permissa, libertis prohiberi potuit? Ipsi quidem supra defendimus, capitis deminutionem libertis interdictam fuisse; sed alia ratione, ne patroni, quibus infinitam reverentiam ac officium posteaque ipsa bona debebant, repente omni patronatus iure privarentur.

Itaque alia ratio suasisse mihi videtur, [illegible] quam bertae e gente enubere vetarentur. [illegible] quae constat, veterum istarum gentium potentiam [illegible] ri offi- cipue in clientum multitudine positam [illegible] re non omnesque historiae plenae sunt exemplis [illegible] arbitrio patricios et foris bella gessisse [illegible] ingenuis domi in civilibus discordiis fere [illegible] interdicta plebeiorum impudentiae diu restitisse. [illegible] gentilitium viana notavit NIEBUHR (Röm. Gesch. I. [illegible] atorum tuto- Dionysiana FEOD. EGGO (Untergang [illegible] sufficere visa staat. p. 210.). Itaque summopere inter[illegible] ciorum, ut suus cuique genti clien[illegible] i liberi matris con- saltem conservaretur, quod fieri [illegible] ientelaria iura in usu clientabus e gente enubere licu[illegible] beros spectasse proba- enim erat, ut liberi ex ius[illegible]

[illegible] nitio tantummodo apud [illegible] plebeii quoque suarum [illegible] ando studere coepissent, [illegible] i sunt.

---

(*t*) Etiam curatione [illegible] PIAN. XII. 3. [illegible]

patrem sequerentur et e gente materna exirent. Simul ipsa liberta (ut iam pro genere speciem ponamus) quoniam uxor in officio mariti esse debet, extraneo nupta genti deminuebatur. Si haec vero, ut mihi persuadeo, fuit caussa, cur libertae prisco iure enubere gente vetarentur, simul illa sententia, quam supra tentavi, hoc ius non libertarum proprium fuisse, sed ad omnes clientas pertinuisse, firmamentum accipit, et ratio intelligitur, quare ipsae nuptiae cum extraneis iungendae, neque tantum in manum conventio, interdictae sint. Illud vero iam vix monere opus erit, mares clientes matrimonia cum extraneis foeminis inire prohibitos non fuisse (neque enim liberi matrem sed patrem sequuntur) nisi quod scilicet alterius gentis clientas propter earum prohibitionem uxores ducere non possent.[u]

Utrum vero matrimonia contra hanc legem contracta tantum iure civili irrita fuerint, velut nuptiae Romanorum cum peregrinis, quibus conubium datum non erat, iunctae, an vero nullum omnino effectum habuerint, ut matrimonia inter senatorii et libertini ordinis personas inita ex lege Iulia, nihil pro certo affirmare ausim. Ex utroque enim matrimonii genere procreati liberi matrem sequuntur; quia tamen ipsam matrem quoque operas suas officiumque genti furari iniquum erat, probabilius fortasse dicetur, prorsus inefficax eiusmodi matrimonium fuisse, clientamque in patroni agrum revocari potuisse. Liberi vero

(u) Regulas istas: *Liberi ex iustis nuptiis procreati patrem*

spurii erant matrisque conditioni accedebant (*u*). Germani, quantum scio, non eodem plane iure usi sunt, neque nuptias clientarum suarum cum extraneis irritas esse iusserunt; sed ne iniuria afficeretur patronus, de liberorum conditione speciales quasdam regulas condidere, cuiusmodi illae sunt: *Das Kind folgt dem Busen* et *das Kind folgt der aergern Hand* similesque (RUNDE Deutsches Privatr. §. 539 ed. 4.), quas, aurea certe iurisprudentiae aetate, Romanis ab elegantia iuris abhorrere visas esse, cognoscitur ex GAI. I, 84—86. Postea enim de colonis similia iura constituerunt (cf. Lex Rom. Burgund. tit. 46.).

Neque illud praetermittendum censeo quam sapienter iuris veteris conditores ea omnia, quae gentibus exitium afferre, eorumve splendori officere poterant, ita sanxerint, ut ipso iure non valerent, neque agnatorum patronorumve arbitrio totius gentis salutem commiserint. Ita ingenuis mulieribus testamentifactio omnimodo interdicta est, quamdiu in gente essent (*v*), ne gentilitium patrimonium e gente exiret, nec agnatorum tutorum autoritas testamento faciendo sufficere visa

---

*sequuntur*, et: *sine iustis nuptiis nati liberi matris conditioni accedunt*, olim, quamdiu clientelaria iura in usu fuere, potissimum ad clientum liberos spectasse probabile est.

(*v*) Hoc ius probabile est, ab initio tantummodo apud patricios valuisse. Sed eam plebeii quoque suarum familiarum splendori conservando studere coepissent, etiam apud se usu venire passi sunt.

est. Eodem prorsus modo libertae extra gentem nubere simpliciter vetitae sunt, neque patronorum autoritati tantum tributum est, ut consensu suo extraneis nuptiis commodato de totius gentis iure deciderent.

Postremò quaeri possit, utrum extra gentem nubendi ius solis patriciorum libertis et clientibus interdictum fuerit, an vero etiam plebeiorum omniumque manumissorum? Et si antiquissima tempora respiciamus (*w*), perinde ac caetera gentilitia iura haec quoque de nuptiis clientum observatio sine dubio ad solos patriciorum clientes et libertos pertinuit. De sequenti vero aetate non immerito fortasse quisquam suspicetur, etiam plebeias familias, potissimum nobiliores similia iura suis clientibus et libertis constituisse. Nam postea quoque domuum splendor et potentia in clientelarum frequentia posita esse non desivit, constatque plebeios nobiles, sicuti agrum publicum possidere coeperunt, ita infinitis interdum clientibus auctos fuisse. Potissimum vero de libertis eorumque prole id placuerit, partim quod libertorum clientelae diutissime viguere, (cf. NIEBUHR Röm. Gesch. I, 387.) et posterioribus temporibus nihil inter patriciorum et plebeiorum patronatum interfuisse videtur, partim quod multis documentis constat, patronos durissimas conditiones suis libertis imponere

---

(*w*) Videtur enim hoc institutum summam antiquitatem redolere ipsamque XII tabularum aetatem excedere, contra quam placuit HUGONI Rechtsgesch. 95. 16.

solitos esse (*x*). Ex nomine Feceniae (nam et libertabus nomen gentilitium patronorum indebatur) cum prorsus ignotum sit et nusquam praeterea, ne in inscriptionibus quidem, appareat, colligi nequit, a plebeio an a patricio manumissa sit. Plane ad firmandam coniecturam nostram argumentum ex sepulcralibus monumentis peti possit; in quibus tanta coniugum eodem gentilitio nomine et servilibus cognominibus utentium multitudo commemoratur, ut casui id tribuere nemo facile audeat (*y*). Alii quidem, ut Jo. Fr. Christius, (Noct. acad. spec. 4. obs. 25.) ita rem expedire conati sunt, ut uxores aliquando virorum nomen gentilitium induere solitas esse dicerent, sed nulla ratione, et propter varietatem improbabiliter. Ipsa autem varietas nostram suspicionem videtur con-

(*x*) Cf. l. 1. pr. D. de bon. libert. De tutela in libertas iniuria a patronis affectata iam supra dixi. — Fortassis plebeii cum patriciorum gentilitia iura imitarentur, in locum gentium, quae ab antiquitate non traditae fingi non possunt, familias i. e. agnationes utputa Gracchorum, Ciceronum, Atticorum, substituere gentibusque assimilavere. Quo et sacra familiarum possunt referri (Fest. v. *publica sacra*) et bonorum possessio *qua ex familia*, quae quarto (vel quinto) loco datur (Ulp. XXVIII, 7. §. 3. I. de B. P.) et ipsa species notissima apud Cic. de Orat. I, 39, ubi stirps s. familia omnium Marcellorum sive omnes Marcelli patresfam. intelligendi sunt (cf. Bunsen de iur. haered. Athen. II, 2. p. 120. 121. not. 69.) quanquam vulgo aliter interpretentur.

(*y*) Lustretur apud Gruterum, Reinesium, Gudium alios inscriptionum familia *de coniugum affectu*.

fit, libertos eius, qui manumissione patronatum ipsorum meruerat, etiam clientes factos esse, quod et plerisque placuisse video (MUEHLENBRUCH prolus. de Vet. Romanor. famil. et. gent. §. IV. NIEBUHR Röm. Gesch. I, 387.) (q) et si gentilitia iura respicias, idem fere circa clientes et libertos iuris fuisse. Unde suspicor, quod hic locus de libertabus testatur, idem ius etiam ad clientas pertinuisse, ut nisi eiusdem gentis clientibus nubere non possent, itemque ad libertorum filias neptesque et deinceps, quas in paternam clientelam succedere necesse erat (cf. CIC. de Orat. I, 39.).

Alia quaestio, sed admodum vicina, est de ratione, qua commoti hanc legem, ne e gente enuberent, veteres libertabus scripserint. Et Cl. MUEHLENBRUCHIUS quidem (prolus. saepius cit. §. VIII. p. 36.) hanc reddit rationem, quod curae fuerit nobilioribus in gente, ne bona eorum, quibus iure gentilitio haeredes existebant, dilapidarentur, sed sarta tecta genti conservarentur. Atqui omnis spes succedendi gentilibus adempta fuisset, si extraneo in manum conveniendo liberta omnes suas fortunas in eum contulisset, quocirca omnino nu-

---

suis nominibus addebant. Suspicor eos tantum, qui nunc demum in civitatem recepti, Romana nomina nondum habebant, ita patroni beneficium nominis memoria retulisse.

(q) Aliud visum FABRETTO (Inscr. p. 476.) sed nullis additis rationibus. ATTICUS quidem habuit clientem CICERONIS libertum (ad Attic. I, 12.) sed fortasse pacto concessum; certe istius aevi exemplum nihil probat.

bere extraneo prohibita est. Cui sententiae firmandae ius Hebraeorum ad partes vocat, quod filiam quae patri haeres exstiterat, e gente enubere prohibet, ne gentilitia bona ex gente exeant (Numer. XXVII, 1. XXXVI. universum. Cf. Sam. Stryk. succ. ab intest. Diss. VIII. c. XI. §. 14.). Similiter Athenienses filiam ἐπίκληρον, ut illi vocabant, ei, qui proxime eam sanguine attingebat, in matrimonium adiudicaverunt (Cf. Samuel. Petit. leg. Attic. lib. VI. tit. 1. in Heinecc. Iurispr. Rom. et Attic. I. p. 539.).

Sed mihi haec ratio displicet primum, quod in manum conventio iam alia ratione, ut supra tentavimus, omnimodo libertabus interdicta fuisse videtur. Tum vero si tantum in manum conventionem gentiles veriti essent, eam prohibendo iam satis sibi consuluissent, neque ipsas nuptias cum extraneo ineundas vetare opus fuisset. Deinde similitudo ista, quae inter Hebraeorum et Atheniensium mores et hanc Romanorum constitutionem intercedere dicitur (quanquam veris analogiis in veterum populorum institutis explicandis plurimum tribuendum existimo) quamvis sit speciosa, ita diligentius re perpensa summa dissimilitudo apparet. Hebraei enim ac Graeci singularum patrimonia gentium factis mulierum deminui iniquum et incivile arbitrati, eam mulierem, cui pars patrimonii gentilitii haereditate obvenerat, alii nubere, ac gentili suo, noluerunt. Quod ius Romanis prorsus inauditum. Nunquam enim ingenuis mulieribus, quanquam filiae ne filiis quidem exstantibus ab haereditate paterna arcebantur, extraneo

nubere non licitum fuit. Libertinas autem mulieres cum ingenuis gentilibus nequaquam comparari posse, facile intelligitur. Libertae enim nulla lege ex gente haereditatem ab intestato capiebant, sed si quid peculii reposuerant, suae operae debebant et ad arbitrium, quibus luberet, donare poterant (*r*), neque igitur in manum convenientes extraneo gentem iniuria afficiebant. Hanc vero germanam iuris Romani rationem fuisse, illud documento est, quod mulieres, quae patrimonium ex gente vel familia quaesiverant, testamenti faciendi ius non habuerint; contra manumissae sive ex servitute sive e mancipio (*s*), quoniam gente atque agnatis amissis nullas legitimas haereditates sperabant, item virgines Vestales, quae quanquam

(*r*) Non casu hercle sed consilio patronorum in libertas tutela XII. tabulis omissa est. Ratio veteribus nulla esse visa est, quare tantum patronis in patrimonium libertarum liceret, ut quasi suum sibique debitum tutela custodirent. Successio enim in bona libertorum alio fundamento innititur, quam agnatorum. Agnati enim iure quodam devolutionis recipiebant, quod mulier haeres vel cohaeres facta ex bonis gentilitiis ipsis detraxerat; patroni libertae succedebant, quia alius proximior nullus erat. Sed patronorum avaritia alia iura invexit; tutelam sibi dedere ad similitudinem legitimae, rerumque mancipi usucapionem prohibuerunt.

(*s*) Sola capitis deminutio quae fiebat in manum conventione, non sufficiebat, qua agnati tantum mutabantur; unde Cic. Top. c. 4. negligentius scripsisse apparet. Sed et emancipatio tantundem valebat quantum in manum conventio et e mancipio manumissio, quod Gai. I, 115. brevitatis studio omisit.

capite deminutae nemini tamen ab intestato haeredes fiebant, ipso iure testamenti faciendi ius statim nactae sint (*t*). Ex quo quidem satis patet, studium patrimonium genti conservandi tantummodo in ingenuis mulieribus locum habuisse, adeo ut testamentifactio, libertabus permissa, ingenuis interdiceretur; quo igitur pacto hac ratione, ne patrimonium genti detraheretur, gentis enuptio, ingenuis permissa, libertis prohiberi potuit? Ipsi quidem supra defendimus, capitis deminutionem libertis interdictam fuisse; sed alia ratione, ne patroni, quibus infinitam reverentiam ac officium posteaque ipsa bona debebant, repente omni patronatus iure privarentur.

Itaque alia ratio suasisse mihi videtur, ut libertae e gente enubere vetarentur. Inter omnes constat, veterum istarum gentium potentiam praecipue in clientum multitudine positam fuisse, omnesque historiae plenae sunt exemplorum, patricios et foris bella gessisse clientum manu, et domi in civilibus discordiis fere sola clientum ope plebeiorum impudentiae diu restitisse. Loca Liviana notavit Niebuhr (Röm. Gesch. I, 381. 382.). Dionysiana Feod. Eggo (Untergang d. Naturstaat. p. 210.). Itaque summopere intererat patriciorum, ut suus cuique genti clientum numerus saltem conservaretur, quod fieri non poterat, si clientabus e gente enubere licuisset. Eventurum enim erat, ut liberi ex iustis nuptiis procreati

(*t*) Etiam curationem gentilium contulisse iuvabit. Ulpian. XII, 3.

patrem sequerentur et e gente materna exirent. Simul ipsa liberta (ut iam pro genere speciem ponamus) quoniam uxor in officio mariti esse debet, extraneo nupta genti deminuebatur. Si haec vero, ut mihi persuadeo, fuit caussa, cur libertae prisco iure enubere gente vetarentur, simul illa sententia, quam supra tentavi, hoc ius non libertarum proprium fuisse, sed ad omnes clientas pertinuisse, firmamentum accipit, et ratio intelligitur, quare ipsae nuptiae cum extraneis iungendae, neque tantum in manum conventio, interdictae sint. Illud vero iam vix monere opus erit, mares clientes matrimonia cum extraneis foeminis inire prohibitos non fuisse (neque enim liberi matrem sed patrem sequuntur) nisi quod scilicet alterius gentis clientas propter earum prohibitionem uxores ducere non possent.(u)

Utrum vero matrimonia contra hanc legem contracta tantum iure civili irrita fuerint, velut nuptiae Romanorum cum peregrinis, quibus conubium datum non erat, iunctae, an vero nullum omnino effectum habuerint, ut matrimonia inter senatorii et libertini ordinis personas inita ex lege Iulia, nihil pro certo affirmare ausim. Ex utroque enim matrimonii genere procreati liberi matrem sequuntur; quia tamen ipsam matrem quoque operas suas officiumque genti furari iniquum erat, probabilius fortasse dicetur, prorsus inefficax eiusmodi matrimonium fuisse, clientamque in patroni agrum revocari potuisse. Liberi vero

---

(u) Regulas istas: *Liberi ex iustis nuptiis procreati patrem*

spurii erant matrisque conditioni accedebant (*u*). Germani, quantum scio, non eodem plane iure usi sunt, neque nuptias clientarum suarum cum extraneis irritas esse iusserunt; sed ne iniuria afficeretur patronus, de liberorum conditione speciales quasdam regulas condidere, cuiusmodi illae sunt: *Das Kind folgt dem Busen* et *das Kind folgt der aergern Hand* similesque (RUNDE Deutsches Privatr. §. 539 ed. 4.), quas, aurea certe iurisprudentiae aetate, Romanis ab elegantia iuris abhorrere visas esse, cognoscitur ex GAI. I, 84—86. Postea enim de colonis similia iura constituerunt (cf. Lex Rom. Burgund. tit. 46.).

Neque illud praetermittendum censeo quam sapienter iuris veteris conditores ea omnia, quae gentibus exitium afferre, eorumve splendori officere poterant, ita sanxerint, ut ipso iure non valerent, neque agnatorum patronorumve arbitrio totius gentis salutem commiserint. Ita ingenuis mulieribus testamentifactio omnimodo interdicta est, quamdiu in gente essent (*v*), ne gentilitium patrimonium e gente exiret, nec agnatorum tutorum autoritas testamento faciendo sufficere visa

---

*sequuntur*, et: *sine iustis nuptiis nati liberi matris conditioni accedunt*, olim, quamdiu clientelaria iura in usu fuere, potissimum ad clientum liberos spectasse probabile est.

(*v*) Hoc ius probabile est, ab initio tantummodo apud patricios valuisse. Sed cum plebeii quoque suarum familiarum splendori conservando studere coepissent, etiam apud se usu venire passi sunt.

est. Eodem prorsus modo libertae extra gentem nubere simpliciter vetitae sunt, neque patronorum autoritati tantum tributum est, ut consensu suo extraneis nuptiis commodato de totius gentis iure deciderent.

Postremò quaeri possit, utrum extra gentem nubendi ius solis patriciorum libertis et clientibus interdictum fuerit, an vero etiam plebeiorum omniumque manumissorum? Et si antiquissima tempora respiciamus (*w*), perinde ac caetera gentilitia iura haec quoque de nuptiis clientum observatio sine dubio ad solos patriciorum clientes et libertos pertinuit. De sequenti vero aetate non immerito fortasse quisquam suspicetur, etiam plebeias familias, potissimum nobiliores similia iura suis clientibus et libertis constituisse. Nam postea quoque domuum splendor et potentia in clientelarum frequentia posita esse non desivit, constatque plebeios nobiles, sicuti agrum publicum possidere coeperunt, ita infinitis interdum clientibus auctos fuisse. Potissimum vero de libertis eorumque prole id placuerit, partim quod libertorum clientelae diutissime viguere, (cf. Niebuhr Röm. Gesch. I, 587.) et posterioribus temporibus nihil inter patriciorum et plebeiorum patronatum interfuisse videtur, partim quod multis documentis constat, patronos durissimas conditiones suis libertis imponere

(*w*) Videtur enim hoc institutum summam antiquitatem redolere ipsamque XII tabularum aetatem excedere, contra quam placuit Hugoni Rechtsgesch. 95. 16.

solitos esse (*x*). Ex nomine Feceniae (nam et libertabus nomen gentilitium patronorum indebatur) cum prorsus ignotum sit et nusquam praeterea, ne in inscriptionibus quidem, appareat, colligi nequit, a plebeio an a patricio manumissa sit. Plane ad firmandam coniecturam nostram argumentum ex sepulcralibus monumentis peti possit; in quibus tanta coniugum eodem gentilitio nomine et servilibus cognominibus utentium multitudo commemoratur, ut casui id tribuere nemo facile audeat (*y*). Alii quidem, ut Jo. Fr. Christius, (Noct. acad. spec. 4. obs. 23.) ita rem expedire conati sunt, ut uxores aliquando virorum nomen gentilitium induere solitas esse dicerent, sed nulla ratione, et propter varietatem improbabiliter. Ipsa autem varietas nostram suspicionem videtur con-

(*x*) Cf. l. 1. pr. D. de bon. libert. De tutela in libertas iniuria a patronis affectata iam supra dixi. — Fortassis plebeii cum patriciorum gentilitia iura imitarentur, in locum gentium, quae ab antiquitate non traditae fingi non possunt, familias i. e. agnationes utputa Gracchorum, Ciceronum, Atticorum, substituere gentibusque assimilavere. Quo et sacra familiarum possunt referri (Fest. v. *publica sacra*) et bonorum possessio *qua ex familia*, quae quarto (vel quinto) loco datur (Ulp. XXVIII, 7. §. 3. I. de B. P.) et ipsa species notissima apud Cic. de Orat. I, 39, ubi stirps s. familia omnium Marcellorum sive omnes Marcelli patresfam. intelligendi sunt (cf. Bunsen de iur. haered. Athen. II, 2. p. 120. 121. not. 69.) quanquam vulgo aliter interpretentur.

(*y*) Lustretur apud Gruterum, Reinesium, Gudium alios inscriptionum familia *de coniugum affectu*.

firmare, siquidem verisimile sit, tantum nobiliores familias istud ius de gente non enubenda custodivisse.

## TUTORIS OPTIO.

Ex omnibus privilegiis FECENIAE HISPALAE ICto comparatis hoc fere unum extra dubium et disceptationem positum merito quis appellaverit, sed ne id quidem ante nostra tempora. Etiamsi enim plerique naturales verborum significatus haurientes verum assequuti erant, nonnullis tamen res hoc solo loco commemorata, obscura ac difficilis visa est. Nunc vero GAI germanis institutionibus repertis, ut fere tota pars, quae muliebrem tutelam comprehendit, ita etiam *tutoris optio* plenissima luce gaudere coepit, adeo quidem, ut neque de huius loci interpretatione posthac ullum dubium moveri posse videatur. Quod quidem apud me reputans et considerans, ab ea via, quam hucusque in singulis privilegiis exponendis sectatus sum, paullulum deflectere satius duxi, eatenus quidem, ut singularum a quoque propositarum interpretationum indicem et recensionem anxie et sollicite instituendi curam hic omitterem. Sufficiat igitur eorum aliquas, qui ne somniantes quidem Gaianum thesaurum in *tutoris optione* explicanda iam docte et vere versati sunt, indicasse. Inter quos referendi sunt CUIACIUS (Observ. VII, 11.), HOTMANUS (Observ. III, 16.), EVER. OTTO (de perpetua foem. tutela c. I. §. 16. in dissertation. iur. publ. et priv. p. I. p. 215 sq.), HEINECCIUS (comment. ad l. Jul. et Pap. Popp. II, 11. p. 257. Antiquit. iur. I, tit. 13—15. 17—20. §. 18.).

Qui quidem viri iam recte viderunt, *tutoris optionem* esse ius tutorem, quem ipsa mulier velit, sibi eligendi; nam in optione semper iuris significatio inest, perinde atque in actionis vocabulo. Quod vero additur, *quasi vir ei testamento dedisset*, solum ad ultimum articulum pertinet, significatque, cui, a quo et quemadmodum hoc ius sine speciali lege dari soleat, ne quale id sit, quod datur, ignoretur.

Sciendum est igitur in persona uxoris, quae in manu est, receptam esse *tutoris optionem*, i. e. ut liceat ei permittere, quem velit ipsa, tutorem sibi optare, hoc modo: *Titiae uxori meae tutoris optionem do*. Gai. I, 150. Ideoque nec uxori, quae in manu non est, neque ei, quae sine nuptiis alterius rei caussa in manum convenit, *tutoris optionem* dare licet; non sine ratione, namque tutoris testamento dandi origo ex verbis XII tabularum: *uti legassit suae rei, ita ius esto*, manavit, quibus verbis interprete Pomponio l. 120. D. de V. S. latissima potestas tributa esse videtur et haeredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi; suam autem oportet rem familiamque esse, ideoque nec uxori, quae omnino in manum ei non convenit, cum sui iuris sit, neque ei, quae fiduciariam coëmptionem cum eo fecit, quod cassum manus nomen est neque filiae loco mulierem efficit (z) testamento *tutoris optio* dari potest. Denique *tutoris optionem* soli uxori

(z) Rectissime apud Gai. I, 148. pro *Ei* doctissimis viris *Uxori* scribendum esse visum est.

dare licet, non etiam filiae, quae in potestate est, quanquam et filiae et uxori simpliciter tutorem dare permissum sit (GAI. I, 144. 148.) cuius differentiae quae caussa fuerit, infra examussim disquirendi locus dabitur.

Nunc, quo suprascriptum privilegium penitus introspiciamus, aliquot quaestiones, non tam verba quam rem spectantes, diligenter tractabimus. Et primum quidem quaeritur, quid commodi ex loc privilegio in FECENIAM redundarit? Et cum sciamus, FECENIAM conditi ICti tempore tutorem a Praetore Tribunisque petitum habuisse, diversa responsio, prout dativae tutelae vim ac naturam tum fuisse statuimus, esse poterit. Duplex videlicet muliebris tutelae genus fuisse ex GAIO traditum accepimus, alterum legitimorum tutorum, i. e. agnatorum et patronorum et patris manumissoris; alterum quod quoniam caeteras cunctas species multum diversas complectitur, alterius generis tutorum nomine insignitur, testamento datorum, fiduciariorum, praetoriorum, a Praetore et Tribunis datorum. Permultum vero inter haec duo tutorum genera GAI aetate intererat; legitimae enim tutelae eo vim aliquam habere intelligebantur, quod legitimi tutores neque ad testamentum faciendum neque ad res mancipi alienandas neque ad obligationes suscipiendas autores fieri cogebantur, eaque omnia ipsorum caussa constituta erant, ne haereditas mulieris vel nulla vel minus locuples ad ipsos perveniret. Alterius vero generis tutores quoniam foeminae haereditatem non sperabant, tantum dicis gratia foeminis dabantur, siquidem

et

et inviti autoritatem commodare cogebantur. (Gai. I, 190. 192.) Atquin hoc discrimen illo tempore aut iam receptum erat, aut minus. Si iam receptum erat, non tanto quidem beneficio data *tutoris optione*, quanto si legitimum tutorem habuisset, Fecenia afficiebatur; neque tamen nullam utilitatem percipiebat; tametsi enim et a Praetore Tribunisque datus et optivus tutor neque ad interponendam autoritatem cogebantur, tamen intererat, utrum difficilem et nunquam sine Praetoris interventu consentientem tutorem a magistratu datum, an facilem ac benevolum sua optione sumptum haberet. Accedit, quod, si tutor a magistratu petitus aut aberat aut negotiis morbove, quo minus autor fieret, praepediebatur, mulier ea negotia, quibus tutoris autoritas accedere debebat, omnino agere non poterat; (nam postea demum in locum absentis tutoris alium petere SCto concessum videtur Gai. I, 173.) sed *tutoris optione* data, quocunque tempore opus erat, novum tutorem in id negotium optare mulieri licebat. Quod ut rectius intelligatur, sciendum est, *tutoris optionem*, ex ICtorum opinor interpretatione, duplicem receptam fuisse, aut plenam aut angustam; plena erat simpliciter data, angusta adiecto vocabulo quod quoties optare liceret, significaret. Quae optiones, ait Gaius I, 150, plurimum inter se differunt; nam quae plenam optionem habet, potest semel et bis et ter et saepius tutorem optare, quae vero angustam habet optionem, si duntaxat semel data est optio, amplius quam semel optare non potest, quodsi tantum bis, amplius quam bis optandi facultatem non habet. Atqui nostro SCto plenam

optionem dari apparet; licebat ergo libertae quoties luberet, alium tutorem optare quo casu priorem, si in omnes res optatus erat, desivisse similiter puto, ac absentem tutorem, in cuius locum alius petitus erat. (GAI. I, 173.) Scio quidem AEGIDIO DE LOEHR (Magaz. f. Philos. u. Gesch. des R. Tom. III. p. 418 sq.) placere, *tutoris optione* omnino tantum in singulas caussas optandi ius comprehensum fuisse, sed eum aperta GAI verba redarguunt, dicentis (I, 150.) *tutoris optione* data licere uxori, vel in omnes res vel in unam forte aut duas optaré; quae verba ita intellexisse videtur Vir Celeberrimus, ut eandem differentiam, quam GAIUS proxima paragrapho plenae et augustae optionis nominibus insignivit, indigitarent, sed luculento errore; alio enim spectare, illa vox *Caeterum*, quae sequentem paragraphum auspicatur, et suapte vi diversam rem tractatum iri praedicat, tum et illud probat, quod *eo casu*, plena scilicet optione data, vel in omnes res vel in unam forte aut duas optare licere, GAIUS dixit; neque enim partitio est partis, quam effecit. Plane verborum istorum sententia haec est, *tutoris optione* data tam generalem tutorem, i. e. qui toti patrimonio praesit, omnibusque, quotquot inciderint, negotiis autoritatem addat, quam specialem, cuius tutela negotio, ad quod optatus est, peracto statim exspirat, uxori optare licere. Verbo tantum monuisse sufficiat, hac opinione Doctissimi Viri confutata, neque illam quam ei superstruxit, quod optivam tutelam minus quam testamentariam legitimae exitiosam fuisse, existimat, stare posse.

Sed et illud inter optivae tutelae commoda numerandum videtur, quod petitionum ambagibus, quibus dativa tutela implicabatur, libera erat; sola enim verborum pauculorum pronunciatio, ut tutor esset is, quem optaret, suffecisse, neque ulla magistratus aditione opus fuisse videtur, quanquam et hic mihi idem Vir Celeberrimus AEGIDIUS DE LOEHR adversarius existat, *tutoris optionem* eam vim habere dicens, ut uxori a Praetore quem velit tutorem petere liceat. (l. c. p. 418.) Quae sententia non modo nullo testimonio comprobatur sed etiam a verisimili valde abhorret. Primo enim, si ut tutor esset is, quem uxor optasset, Praetoris tribunal intrari Praetoremque dare oportuisset, non posset sane non esse dativus tutor, quem tamen omnes et ipse AEGIDIUS DE LOEHR post GAIUM repertum testamentarium esse concedunt. Tum vero contrariam sententiam suadet legati similitudo, quod sicut in plerisque, ita in hoc quoque tutela imitatur, quod et tutorem et legatum ita, ut optet is, cui dantur, relinquere liceat. Nemo vero unquam, quantum scio, optionis legato dato opinatus est, non prius legatarium rei electae dominum effectum esse, quam Praetor aditus ei annuisset. Sed res statim, ubi electa est, fit legatarii, et ita is quem uxor optavit, ut primum optavit, fit tutor. Quid? cum haeres institutus cretionis verba enunciando nullo magistratu interveniente totius haereditatis dominus et arbiter efficeretur, mulierem oportuisset a Praetore eum tutorem sibi impetrare, qui nullo ei iudicio tenebatur, et omnino tantum dicis gratia tutelam gerebat? — At hoc ipso FECENIAE HISPALAE exemplo sententiam videtur comprobare

voluisse Vir Celeberrimus, cum alio loco (p. 416. not. 1)) id quod LIVIUS XXXIX, 9. narrat, FECENIAM post mortem patroni quum testamentum faceret, tutorem a Tribunis et Praetore sibi petivisse, post SCtum nostrum conditum legemque perlatam accidisse, immo ex hac *tutoris optione* concessa derivandum esse, asserit; idque ipsum orationis tenorem ostendere. Sed ipse orationis tenor accuratius inspectus contrarium evincit, rem videlicet illam longo tempore ante SCtum factum et Bacchanalia detecta gestam esse. Etenim in illius rei commemoratione LIVIUS utitur tempore plusquamperfecto (*eo processerat*), quod tantundem in semel peracta re potest, quantum in rebus, quae consuetudine constant, imperfectum tempus, quo ibidem in caeteris omnibus rebus, quae ante indicium factum acciderant, referendis usus est. Omnis vero dubitatio tollitur, si verba nullis intermediis sequentia legeris, quae ita comparata sunt (cap. 10. init.): *Haec amoris pignora cum essent* (sc. adolescens ab ea sustentatus et haeres scriptus) *nec quicquam secretum alter ab altero haberent, per iocum adolescens vetat eam admirari, si per aliquot noctes secubuisset*, et quae sequuntur, quibus enarrantur, quae indicium proxime praecesserant. Denique non video, quid caussam, qua factum sit, ut tutore a Tribunis et Praetore petito HISPALA testamentum faceret, e longinquo petamus, quam ipse LIVIUS quasi πρὸς ποσί posuit, cum addit *post mortem patroni* i. e. quia patronus legitimus ipsius tutor defunctus erat. Tutelae autem ad testamentum faciendum necessariae quare omnino mentionem inferret, illa ratio

erat, quoniam patrono tutore non videbatur consensum et autoritatem ipsius impetrare potuisse.

Adhuc demonstravi, quid utilitatis FECENIA ex *tutoris optione* sibi data captura erat, etiamsi illo tempore dativi tutores iam inter alterius generis tutores numerari coeperant. Sed fortasse non sine ratione suspicatur quisquam, tum tutorum a Praetore Tribunisque datorum autoritatem nondum similiter ac fiduciariorum et optivorum imminutam fuisse, sed tantundem quam legitimam tutelam valuisse. Quod ius fuisse aliquando dubitari non potest. Etiamnum vero CICERONIS aetate fuisse, suadet locus notissimus ex Mureniana (c. 12.) ubi ICtos carpens orator, quod ius bene scriptum multis argute commentis corrupissent, inter alia exempla hoc quoque posuit: *Mulieres omnes*, ait, *propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt. Hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur.* Haec genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur, plerique, qui ante GAIUM luci redditum scripsere, ad tutores optivos retulerunt; qui quoniam mulieris arbitrio seligerentur, quodammodo sub ditione ac nutu ipsius esse viderentur. Ita HOTMANUS (Observ. III, 16.) et OTTO (Diss. de perp. mulier. tut. c. I. §. 16.) Sed veram CICERONIS sententiam illud discrimen inter legitimas et alterius generis tutores a GAIO demum acceptum aperit; evidenter enim, quos potestate mulierum contineri TULLIUS dixit, iidem sunt, qui dicis gratia autoritatem interponunt, et inviti a muliere ut autores fiant cogi possunt. Atquin haec genera tutorum mulierum im-

perio subiunctorum inventis ICtorum accepta fert, unde intelligitur, de dativo tutore, qui ex lege Atilia non vero ex autoritate prudentum proficisceretur, eum non cogitasse, sed Atilianos tutores non minorem illa aetate dignitatem habuisse, quam legitimos. Si vero quaeratur, de quibus generibus TULLIUS senserit, plerique fiduciarios, qui ad evitandam molestiorem tutelam sumebantur, appellant; quod ut non reprehendo, ita malim tamen etiam optivos addere, tum quod et hoc genus prudentibus haud dubie debetur et ad severiorem tutelam arcendam, ut statim ostendam, inventum est, tum quod non genus, sed genera commemorans orator aperte ad plura eiusmodi commenta respicit. Quae sententia etiam propterea mihi probatur, quod eas tutelas primum in imagines quasdam tutelarum abiisse verisimile est, quae in id, ut verae et asperiores tutelae evitarentur, repertae erant, posteaque demum, quam foeminae omnino licentius agere coeperant, eas omnes secutas esse, quae nullo tutoris commodo tantum propter iuris civilis observationem dabantur.

Caeterum hoc SCto prima de *tutoris optione* mentio fit, nisi quod ACCIUS PLAUTUS, qui circiter anno ante SCtum de Bacchanalibus factum decessit, loco subobscuro (Trucul. IV, 4. v. 6.) ad eam respexisse videatur. Unde apparet satis antiquam esse *tutoris optionem*; ut AEGIDIUS DE LOEHR (l. c. p. 420.) etiam testamentaria mulierum tutela anteriorem eiusque initium esse arbitratus sit. Quod mihi idcirco non placet, quoniam ita nasci iura et ita incrementa capere solent, ut a simplicibus

initiis ordiantur, et post demum ad varietatem et artificia excolantur; unde, ut *tutoris optionem* testamento dandi mos invaleret, necessarium erat, ut ante iam simpliciter tutores testamento dari soliti essent; sicuti neque optionis legatum ante simplicia legata invaluisse credendum est. Quod vero addit Vir Doctissimus firmandae suae sententiae caussa, alias intelligi non posse, qua ratione in universum recepta neque uxorum personas egressa sit, satis me perspicere nego. Mihi equidem ita haec res habuisse sese videtur. Legibus XII tabularum cum cautum esset, uti legasset quisque super pecunia tutelave suae rei, ita ius esset, coepere patresfamilias personis iuri ipsorum subiectis, si post mortem ipsorum in suam tutelam venturae non essent, tutelas dare, itaque et filiabus et uxori, et legitimorum quidem tutorum loco (lex enim legi derogabat) ut fortunae suae genti familiaeque servarentur. Quapropter non dubito, quin testamentaria tutela ab initio non minoris quam legitima aestimata sit. Atquin illud iuris praeceptum, quod patrimonium foeminarum agnatis atque genti conservari et ipsas in tutorum manu esse iubebat, in uxoribus periniquum visum est, cum hae si a marito, cui nuptae in manum convenerant, sive ab eius agnatis haereditatem caperent, non tam ex gentilitio patrimonio quicquam praesumere quam id, quod in manum conveniendo marito eiusque genti contulerant, recipere videbantur. Unde placuit, uxoribus *tutoris optionem* testamento dare, ut et possent eum sibi optare, quem desideriis suis fauturum, neque autorem fieri recusaturum scirent, et si is, quem

optassent, nimis durum se praebuisset, ut abiicere et alium in eius locum sufficere liceret. Post deinde ex abiiciendi novumque optandi licentia totum optivorum tutorum genus dignitatem et autoritatem omnem amittere coepit, tandemque dicis gratia autoritatem interponere visum est. Hinc satis intelligitur, quid caussae fuerit, cur ad filias *tutoris optio* non porrigeretur.

## UTIQUE EI INGENUO NUBERE LICERET NEU QUID EI, QUI EAM DUXISSET, OB ID FRAUDI IGNOMINIAEVE ESSET.

Hoc privilegium iterum tam varie a Viris Doctis acceptum est, ut sententiae eorum cum ad genera quaedam revocari vix queant, singulae referendae videantur.

Hotmanus (Obs. III, 16.) haec non idcirco addita esse arbitratur, quasi libertae ingenuo nubere ius non fuerit, sed quia Fecenia corpore quaestum fecerit, quemadmodum ipse Livius paullo superius demonstravit. Quod vero adiicit Vir saepe tumultuariae doctrinae, constare, earum quae corpus vulgassent, nuptias infamiam attulisse, ex l. 1. D. de infam. [de his qui notant. infam.] purum putum id quidem eius commentum est. — Jo. Fr. Gronovius haec verba tantum pro interpretamento quodam gentis enuptionis habet, qua cum gente enubendi ius accepisset, tacite id quoque contineri, ut ingenuo nubere liceret. Sed neque legum est, se ipsas potissimum tam diverso loco, commentari, neque intelligitur, quam ob rem ingenuorum tantummodo non etiam extraneorum libertorum mentio specialiter inferatur. Immo vero novum beneficium conferri, etiam ex istis

verbis: *neu quid ei qui eam duxisset, ob id fraudi ignominiaeve esset*, luce clarius patet. — HEINECCIO (comment. ad l. Jul. et P. P. II, p. 117. 118.) propterea aliquid novi beneficii his verbis inesse placet, quod antiquis temporibus ante legem Iuliam latam libertinae foeminis conditionis ingenuis nubere licitum non fuerit, non tam iure, quam communi quodam omnium ingenuorum libertinos thoros detestantium consensu. Utrum vero nuptias cum ea, quae corpore quaestum fecisset, contrahendae lex Iulia et Papia primum prohibuerit, an iam antea iustae non fuerint, nihil statuit. — Eandem fere sententiam additis etiam rationibus haud spernendis tuetur DUKERUS, praeterquam quod lege aliqua has nuptias interdictas fuisse existimet; et Vir Cl. DOERINGIUS in notis ad h. l. — MATTH. AEGYPTIUS (comment. ad SC. de Bacchanal. p. 159.) utrumque et quod libertina et quod scortum FECENIA fuisset, effecisse putat, ut ingenuo nubere ne liceret. *Nubere* autem intelligendum esse ita nubere, ut viro in manum conveniret; nam quo minus uxoris loco domi haberetur, nihil impedimento fuisse; quam quidem mantissam quod attinet, nunquam probaverit nubendi verbum tantum ad eas nuptias, quibus in manum conventio accedat, pertinere; immo ea, quae diversissimae res sunt, legitimas nuptias et in manum conventionem confudisse mihi videtur. — Denique GUST. HUGO Vir Clarissimus (Rechtsgesch. p. 98.) dubitat, utrum ingenuo cum libertina omnino nullae nuptiae fuerint, an tantum non iustae, et utrum conditio libertina an corpus vulgatum in caussa fuerit, quare pro iustis non haberentur.

Nuptias FECENIAM HISPALAM cum ingenuo proprie contrahere non potuisse, exinde consequitur, quod privilegii loco hoc ei conceditur. Sed quid impedimento fuerit iis nuptiis, profecto non ita facile definiveris. Apparet enim, et libertinam conditionem et corporis prostituti flagitium obsistere ei potuisse, quo minus eiusmodi nuptias legitime coiret. Tum etiam ambigi potest, utrum omnino pro nullis habitae fuerint, an tanta infamia flagraverint, ut eam ob caussam nemo ingenuus libertinam meretricem ducere sustineret. Equidem tamen magis putaverim, prorsus vetitas atque irritas neque libertinae neque nomen professae cum ingenuo nuptias prisco iure fuisse; sed contra bonos mores visum, honestum ingenuorumque natalium civem eiusmodi mulierculam, quae vel ex servitute vix emerserat, ipsaque conditionis fortuna impudicorum morum suspicionem incurrebat, eamve, quae corpore vulgato aperte omni pudore et matronali dignitate se exsolverat, in genialem thorum adsciscere. Quod ut credam, illud praecipue me movet argumentum, quod et de conubiis inter ingenuos libertasque plane interdictis nihil usquam proditum inveniam, et cum manumissione servi plenam civitatem consequerentur, effici videatur, ut et conubium cum caeteris civibus, quod civitate tacite continetur, habuerint. Infamiam contra et contemptum, quo scorta et libertinae omni aevo habitae sint, cuncta antiquitas testatur. Unde etiam MATTH. AEGYPTII sententia, tam libertinam conditionem quam turpe vitae genus FECENIAE ingenuo nupturae offecisse putantis prae caeteris mihi arridet. — Itaque si

ante SCtum factum AEBUTIUS FECENIAM (si modo e gente enubere ei licuisset) in matrimonium duxisset, et ut uxorem matronali honore domi habuisset, non dubito, quin et dos fuisset, et liberi patris conditioni accessissent; sed AEBUTIUS summa infamia aspersus fortasse etiam censoriam notam passus esset. Ignominia autem, quam tales nuptiae habebant, in omnibus ingenuis par haud dubie non erat. Pro ingenuo enim illo tempore habitum fuisse puto, quicunque ex libera matre natus esset; non vero liberti filio natum, quod liberti, libertini et ingenui discrimen AP. CLAUDI CAECI temporibus obtinuisse fertur. Quid igitur? Si liberti filius libertinam duxisset, quamvis ingenuus non tamen tantam infamiam subisset, immo fortasse nullam. Nam inter libertinam libertoque natam tantum interesse non visum, exinde intelligitur, quod CICERO (Philipp. II, 2.) M. ANTONIO nuptias cum Q. FADI liberti filia contractas tam graviter exprobrat. Idemque dicendum erit, si alius ex infima plebe flagitiorumve plenus homo libertae matrimonium sibi expetivisset. Denique verissime dictum existimo, quod ait HEINECCIUS (Comment. ad l. Iul. et P. P. II, 1. p. 118.) omnes ordines ultro et veluti ex compacto a libertinarum nuptiis abstinuisse neque eas dignas ingenuorum complexibus iudicasse, quae vix e servili conditione, ad quam eas vel belli vel natalium fortuna depresserat, ad libertatem adspirassent; contra minus vere, quod DUKERO placuit, legem aliquam eiusmodi nuptias plane prohibuisse. Videamus vero ea quoque, quae pro DUKERI sententia inferri possint, si antea illud monuero, mi-

nus fortasse religiosi fuisse ingenuae nubere liberto, quam ingenuo ducere libertam. quoniam illa ex familia sua exiens se ipsam in turpitudinem abiiciebat, hic vero libertam in domum recipiens totam familiam polluebat.

DUKERUS igitur, ut omnino prohibitum connubium inter ingenuos et libertas argueret, haud inepte DIONEM testem citat, qui de lege Iulia et Papia Poppaea verba faciens (Lib. LIV. p. 551. et similiter lib. LVI. p. 5[illegible]). Ἐπειδὴ δὲ πολὺ πλεῖον, inquit, τὸ ἄῤῥεν τοῦ θήλεος τοῦ εὐγενοῦς ἦν, ἐπέτρεψε καὶ ἐξελευθέρας τοῖς ἐθέλουσι, πλὴν τῶν βουλευόντων, ἄγεσθαι, ἔννομον τὴν τεκνοποιίαν αὐτῶν εἶναι κελεύσας. i. e. *cum vero masculi ingenui foeminarum numerum ingenuarum longe superaret, permisit, ut libertas etiam, qui vellent praeter senatores, uxores ducerent, eorumque liberos legitimos esse iussit.* Si igitur haec matrimonia ab AUGUSTO primum remissa liberique ex iis procreati legitimi esse iussi sunt, ultro sequitur, ante eum prohibita et iniusta fuisse. Idemque fere ex loco CELSI ICti elicit l. 23. D. de ritu nuptiarum: *Lege Papia cavetur, omnibus ingenuis praeter senatores eorumque liberos libertinam uxorem habere licere.* Verum enim vero eiusmodi argumentationes, quae ex contrariis contraria efficiunt, facile decipere solent. Nec plane dubito, quin, si ante legem Iuliam tantum propter turpitudinem libertinarum nuptiae spretae fuissent, ita quoque DIO et CELSUS similiter locuti fuissent, dum id agerent, ut quid lege Papia cautum esset, simpliciter enarrarent. Hic vero revera praepropere istam conclusio-

nem concludi, ex aliis locis de eadem re testantibus cognoscitur, ex quibus eodem argumentationis genere usus plane contrarium facili labore arguere possis. Nam ULPIANUS (Fragm. XIII, 1.) *Lege Iulia*, ait, *prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae quarumve pater materve artem ludicram fecerit, item corpore quaestum facientem.* Cf. ipsa quoque verba legis Iuliae relata a PAULLO l. 44. pr. D. de ritu nuptiarum. Si itaque Senatoribus interdicuntur libertinarum nuptiae lege Iulia, ante legem Iuliam non interdictas fuisse necesse est. Pergit ULPIANUS XIII, 2. *Caeteri autem ingenui prohibentur ducere lenam et a lenone lenave manumissam et in adulterio deprehensam et iudicio publico damnatam et quae artem ludicram fecerit.* De nuptiis libertinarum ingenuis lege Iulia concessis ne verbulum quidem. Sed natura evenit, ut quod interdictum non sit, sit permissum, ideoque DIO et CELSUS sic locuti sunt. Potest etiam, ut aliud caput expressis verbis caeteris praeter Senatores ingenuis eas nuptias permiserit legitimasque esse iusserit, siculi IAC. GOTHOFREDO (cap. I.) et HEINECCIO (cap. II.) visum est; non immerito, vel quia totum ius de maritandis ordinibus per partes immutatum undequaque accurate describendum videbatur, vel quia lex nuptiarum augendarum studiosa, ad libertina matrimonia ingenuos provocare et maculam, qua antea adspersa fuerunt, detergere volebat (*a*).

---

(*a*) IAC. GOTHOFREDUS primi capitis partem ita postliminio restituit: *Caeteris ingenuis libertinas uxores du-*

Praeterea ex ipsis SCti verbis argumentum peti possit, quare magis irritae quam tantum ignominiosae libertinarum nuptiae fuisse videantur; ait enim: *uti ei liceret ingenuo nubere;* itaque alias non licuit, ergo iniustae eae nuptiae fuere. Sed hoc argumentum nauci foret. Nam quod *licere* lex ait, ab omni parte optimo iure fiet et ex legis autoritate; igitur et sine infamiae formidine; quemadmodum recte quis dixerit, per legem Furiam plus mille assibus legare cuiquam non licuisse. Denique ipsum SCtum *licere* quid sit, significat, cum additur *neu* (i. e. neve) *quid ei qui eam duxisset, ob id fraudi ignominiaeve esset;* et priora verba idcirco tantum posita videntur, quoniam privilegium mulieri non ei, qui eam uxorem ducturus erat, tribuebatur. Sed et quod scriptum est, *fraudi ignominiaeve* nostrae sententiae non adversatur, quod ita fortasse explicandum aliquis censeat, quasi *fraude* significetur, ut liberi patrem non sequantur neque in potestate eius fiant, neque dos intelligatur, *ignominia* vero inde separetur. At vero *fraudi esse* cum perquam generalis dictio sit, quae omne damnum ac infortunium designat, (Cf. Brisson. de V. S. h. v. sub fin.) nisi superstitiosae legislatorum diligentiae debetur, nihil nimis diligenter caveri posse existimantium, ad censoriam notam referri potest, quae eum, qui libertinam duxerat, sine dubio manebat. Ignominia

---

*cere ius esto neve quid eis, qui eas duxerint, fraudi ignominiaeve esto, liberique eorum legitimi sunto,* ex hoc ipso Livi loco haud male exemplo sumpto.

vero magis facti est, quam iuris et ad hominum rumores contemptumque pertinet.

Et hactenus quidem obscurior locus, cui illustrando his prolixius conscriptis operam dedimus. Quae sequuntur, etiamsi utiliter ad ea commentari posses, cum nullo interprete facile intelligantur; neque quisquam in iis haesitaverit, omittenda esse censui. Duo superaddere sed et per indicem tantum tangere liceat; primum quod Senatus ait, *id Senatum velle et aequum censere ut ita fieret*, eam formulam deberi modestiae iubendi SCtis propriae et tum quoque in usu retentae, posteaquam id, quod Senatui placuerat, legis vicem obtinuerat. Eadem formula dicendi invenitur in SCto aliquo graece et latine asservato apud Gruterum (p. DIII.): *τὴν σύγκλητον θέλειν καὶ δίκαιον ἡγεῖσθαι.* Senatum velle *et aequum censere ea ita fieri*, et in eadem pagina: *ταῦτα οὕτω γένεσθαι οὕτως ἔδοξεν.* Livius XLIII, 8. et XL, 16. *Senatum aequum censere.* Similia sunt *existimare* (Cicer. Philipp. VIII, 11. Sallust. Catil. c. 51. Epist. Coel. ad Cicer. 8.) *videri* (Aut. ad Herenn. I, 12. Caes. de bello civ. I, 2.) *iudicare* (Liv. III, 21.) *placere* fere in quovis SCto (e. g. epist. Coelii cit.) *arbitrari* (l. 2. §. 1. D. ad S. C. Vellei.) et alia infinita.

Deinde moneo, non SCto ista omnia privilegia Feceniae quaesita esse, sed lege sive plebiscito in sententiam SCti lata, quod demonstrant ipsius SCti verba: *utique Consul cum tribunis plebis ageret ut ad plebem primo quoque tempore fer-*

*rent, ut Aebutio emerita stipendia essent*, et quae sequuntur. Ex quo exemplo cognoscitur, ni fallor, hoc tempore Senatum ius facere nondum suevisse. Quod mirifice illustrat ASCONIUS PEDIANUS in Argum. Orat. pro C. Cornel. p. 122. ed. Cren. *Promulgavitque legem*, ait, *qua autoritatem Senatus minuebat, ne quis, nisi per populum legibus solveretur: quod antiquo quoque iure erat cautum, itaque in omnibus SCtis, quibus tum aliquem legibus solvi placebat, adiici erat solitum, ut de ea re ad populum ferretur.* Nam etiam legibus solvi privilegii numero est. Sed plerumque populi rogatio magis antiquae observationis gratia addebatur, quam ob rei perferendae dubitationem; unde nec LIVIUS, perlata res sit, necne, quicquam adiecit. Et ASCONIUS (l. l.) ita pergit: *Sed paullatim ferri erat desitum resque iam in eam consuetudinem venerat, ut postremo ne adiiceretur quidem in SCtis de rogatione ad populum ferenda, eaque ipsa SCta per paucülos admodum fiebant.* Quod autem de tota re ut praeterita loqueretur, ideo factum arbitror, quod suo tempore SCta vim legis nacta legis adstipulatione opus non haberent.

---

THE-

# THESES.

I.

Actiones Calvisianam et Favianam adversus libertae alienationes patronis non competisse.

II.

Libertabus antiquo iure deminuere licuisse.

III.

Discrimen, quod inter res mancipi et nec mancipi celebratur, iam ad XII tabularum tempora referendum esse.

IV.

Tutoris optionem testamentaria tutela tempore posteriorem videri.

V.

Nuptias inter ingenuum libertinamque initas ante legem Papiam Poppaeam latam, irrita non fuisse.

VI.

Matrimoniorum, quae sine in manum conventione legitime inibantur, originem male ex institutis Latinorum repeti.

optassent, nimis durum se praebuisset, ut abiicere et alium in eius locum sufficere liceret. Post deinde ex abiiciendi novumque optandi licentia totum optivorum tutorum genus dignitatem et autoritatem omnem amittere coepit, tandemque dicis gratia autoritatem interponere visum est. Hinc satis intelligitur, quid caussae fuerit, cur ad filias *tutoris optio* non porrigeretur.

UTIQUE EI INGENUO NUBERE LICERET NEU QUID EI, QUI EAM DUXISSET, OB ID FRAUDI IGNOMINIAEVE ESSET.

Hoc privilegium iterum tam varie a Viris Doctis acceptum est, ut sententiae eorum cum ad genera quaedam revocari vix queant, singulae referendae videantur.

Hotmanus (Obs. III, 16.) haec non idcirco addita esse arbitratur, quasi libertae ingenuo nubere ius non fuerit, sed quia Fecenia corpore quaestum fecerit, quemadmodum ipse Livius paullo superius demonstravit. Quod vero adiicit Vir saepe tumultuariae doctrinae, constare, earum quae corpus vulgassent, nuptias infamiam attulisse, ex l. 1. D. de infam. [de his qui notant. infam.] purum putum id quidem eius commentum est. — Jo. Fr. Gronovius haec verba tantum pro interpretamento quodam gentis enuptionis habet, qua cum gente enubendi ius accepisset, tacite id quoque contineri, ut ingenuo nubere liceret. Sed neque legum est, se ipsas potissimum tam diverso loco, commentari, neque intelligitur, quam ob rem ingenuorum tantummodo non etiam extraneorum libertorum mentio specialiter inferatur. Immo vero novum beneficium conferri, etiam ex istis

verbis: *neu quid ei qui eam duxisset, ob id fraudi ignominiaeve esset*, luce clarius patet. — HEINECCIO (comment. ad l. Jul. et P. P. II, p. 117. 118.) propterea aliquid novi beneficii his verbis inesse placet, quod antiquis temporibus ante legem Iuliam latam libertinae foeminis conditionis ingenuis nubere licitum non fuerit, non tam iure, quam communi quodam omnium ingenuorum libertinos thoros detestantium consensu. Utrum vero nuptias cum ea, quae corpore quaestum fecisset, contrahendae lex Iulia et Papia primum prohibuerit, an iam antea iustae non fuerint, nihil statuit. — Eandem fere sententiam additis etiam rationibus haud spernendis tuetur DUKERUS, praeterquam quod lege aliqua has nuptias interdictas fuisse existimet; et Vir Cl. DOERINGIUS in notis ad h. l. — MATTH. AEGYPTIUS (comment. ad SC. de Bacchanal. p. 159.) utrumque et quod libertina et quod scortum FECENIA fuisset, effecisse putat, ut ingenuo nubere ne liceret. *Nubere* autem intelligendum esse ita nubere, ut viro in manum conveniret; nam quo minus uxoris loco domi haberetur, nihil impedimento fuisse; quam quidem mantissam quod attinet, nunquam probaverit nubendi verbum tantum ad eas nuptias, quibus in manum conventio accedat, pertinere; immo ea, quae diversissimae res sunt, legitimas nuptias et in manum conventionem confudisse mihi videtur. — Denique GUST. HUGO Vir Clarissimus (Rechtsgesch. p. 98.) dubitat, utrum ingenuo cum libertina omnino nullae nuptiae fuerint, an tantum non iustae, et utrum conditio libertina an corpus vulgatum in caussa fuerit, quare pro iustis non haberentur.

Nuptias FECENIAM HISPALAM cum ingenuo proprie contrahere non potuisse, exinde consequitur, quod privilegii loco hoc ei conceditur. Sed quid impedimento fuerit iis nuptiis, profecto non ita facile definiveris. Apparet enim, et libertinam conditionem et corporis prostituti flagitium obsistere ei potuisse, quo minus eiusmodi nuptias legitime coiret. Tum etiam ambigi potest, utrum omnino pro nullis habitae fuerint, an tanta infamia flagraverint, ut eam ob caussam nemo ingenuus libertinam meretricem ducere sustineret. Equidem tamen magis putaverim, prorsus vetitas atque irritas neque libertinae neque nomen professae cum ingenuo nuptias prisco iure fuisse; sed contra bonos mores visum, honestum ingenuorumque natalium civem eiusmodi mulierculam, quae vel ex servitute vix emerserat, ipsaque conditionis fortuna impudicorum morum suspicionem incurrebat, eamve, quae corpore vulgato aperte omni pudore et matronali dignitate se exsolverat, in genialem thorum adsciscere. Quod ut credam, illud praecipue me movet argumentum, quod et de conubiis inter ingenuos libertasque plane interdictis nihil usquam proditum inveniam, et cum manumissione servi plenam civitatem consequerentur, effici videatur, ut et conubium cum caeteris civibus, quod civitate tacite continetur, habuerint. Infamiam contra et contemptum, quo scorta et libertinae omni aevo habitae sint, cuncta antiquitas testatur. Unde etiam MATTH. AEGYPTII sententia, tam libertinam conditionem quam turpe vitae genus FECENIAE ingenuo nupturae offecisse putantis prae caeteris mihi arridet. — Itaque si

ante SCtum factum AEBUTIUS FECENIAM (si modo e gente enubere ei licuisset) in matrimonium duxisset, et ut uxorem matronali honore domi habuisset, non dubito, quin et dos fuisset, et liberi patris conditioni accessissent; sed AEBUTIUS summa infamia aspersus fortasse etiam censoriam notam passus esset. Ignominia autem, quam tales nuptiae habebant, in omnibus ingenuis par haud dubie non erat. Pro ingenuo enim illo tempore habitum fuisse puto, quicunque ex libera matre natus esset, non vero liberti filio natum, quod liberti, libertini et ingenui discrimen AP. CLAUDI CAECI temporibus oblinuisse fertur. Quid igitur? Si liberti filius libertinam duxisset, quamvis ingenuus non tamen tantam infamiam subisset, immo fortasse nullam. Nam inter libertinam libertoque natam tantum interesse non visum, exinde intelligitur, quod CICERO (Philipp. II, 2.) M. ANTONIO nuptias cum Q. FADI liberti filia contractas tam graviter exprobrat. Idemque dicendum erit, si alius ex infima plebe flagitiorumve plenus homo libertae matrimonium sibi expetivisset. Denique verissime dictum existimo, quod ait HEINECCIUS (Comment. ad l. Iul. et P. P. II, 1. p. 118.) omnes ordines ultro et veluti ex compacto a libertinarum nuptiis abstinuisse neque eas dignas ingenuorum complexibus iudicasse, quae vix e servili conditione, ad quam eas vel belli vel natalium fortuna depresserat, ad libertatem adspirassent; contra minus vere, quod DUKERO placuit, legem aliquam eiusmodi nuptias plane prohibuisse. Videamus vero ea quoque, quae pro DUKERI sententia inferri possint, si antea illud monuero, mi-

nus fortasse religioni fuisse ingenuae nubere liberto, quam ingenuo ducere libertam, quoniam illa ex familia sua exiens se solam in turpitudinem abiiciebat, hic vero libertam in domum recipiens totam familiam polluebat.

Dukerus igitur, ut omnino prohibitum conubium inter ingenuos et libertas argueret, haud inepte Dionem testem citat, qui de lege Iulia et Papia Poppaea verba faciens (lib. LIV. p. 531. et similiter lib. LVI. p. 577.). Ἐπειδὴ δὲ πολὺ πλεῖον, inquit, τὸ ἄῤῥεν τȣ͂ θήλεος τȣ͂ εὐγενȣ͂ς ἦν, ἐπέτρεψε καὶ ἐξελευθέρας τοῖς ἐθέλȣσι πλὴν τῶν βουλευόντων ἄγεσθαι, ἔννομον τὴν τεκνοποιΐαν αὐτῶν εἶναι κελεύσας. i. e. *cum vero masculi ingenui foeminarum numerum ingenuarum longe superaret, permisit, ut libertas etiam, qui vellent praeter senatores, uxores ducerent, eorumque liberos legitimos esse iussit.* Si igitur haec matrimonia ab Augusto primum remissa liberique ex iis procreati legitimi esse iussi sunt, ultro sequitur, ante eum prohibita et iniusta fuisse. Idemque fere ex loco Celsi ICti elicit l. 23. D. de ritu nuptiarum: *Lege Papia cavetur, omnibus ingenuis praeter senatores eorumque liberos libertinam uxorem habere licere.* Verum enim vero eiusmodi argumentationes, quae ex contrariis contraria efficiunt, facile decipere solent. Nec plane dubito, quin, si ante legem Iuliam tantum propter turpitudinem libertinarum nuptiae spretae fuissent, ita quoque Dio et Celsus similiter locuti fuissent, dum id agerent, ut quid lege Papia cautum esset, simpliciter enarrarent. Hic vero revera praepropere istam conclusio-

nem concludi, ex aliis locis de eadem re testantibus cognoscitur, ex quibus eodem argumentationis genere usus plane contrarium facili labore arguere possis. Nam ULPIANUS (Fragm. XIII, 1.) *Lege Iulia*, ait, *prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae quarumve pater materve artem ludicram fecerit, item corpore quaestum facientem.* Cf. ipsa quoque verba legis Iuliae relata a PAULLO l. 44. pr. D. de ritu nuptiarum. Si itaque Senatoribus interdicuntur libertinarum nuptiae lege Iulia, ante legem Iuliam non interdictas fuisse necesse est. Pergit ULPIANUS XIII, 2. *Caeteri autem ingenui prohibentur ducere lenam et a lenone lenave manumissam et in adulterio deprehensam et iudicio publico damnatam et quae artem ludicram fecerit.* De nuptiis libertinarum ingenuis lege Iulia concessis ne verbulum quidem. Sed natura evenit, ut quod interdictum non sit, sit permissum, ideoque DIO et CELSUS sic locuti sunt. Potest etiam, ut aliud caput expressis verbis caeteris praeter Senatores ingenuis eas nuptias permiserit legitimasque esse iusserit, sicuti IAC. GOTHOFREDO (cap. I.) et HEINECCIO (cap. II.) visum est; non immerito, vel quia totum ius de maritandis ordinibus per partes immutatum undequaque accurate describendum videbatur, vel quia lex nuptiarum augendarum studiosa, ad libertina matrimonia ingenuos provocare et maculam, qua antea adspersa fuerunt, detergere volebat (*a*).

(*a*) IAC. GOTHOFREDUS primi capitis partem ita postliminio restituit: *Caeteris ingenuis libertinas uxores du-*

Praeterea ex ipsis SCti verbis argumentum peti possit, quare magis irritae quam tantum ignominiosae libertinarum nuptiae fuisse videantur; ait enim: *uti ei liceret ingenuo nubere;* itaque alias non licuit, ergo iniustae eae nuptiae fuere. Sed hoc argumentum nauci foret. Nam quod *licere* lex ait, ab omni parte optimo iure fiet et ex legis autoritate; igitur et sine infamiae formidine; quemadmodum recte quis dixerit, per legem Furiam plus mille assibus legare cuiquam non licuisse. Denique ipsum SCtum *licere* quid sit, significat, cum additur *neu* (i. e. *neve*) *quid ei qui eam duxisset, ob id fraudi ignominiaeve esset;* et priora verba idcirco tantum posita videntur, quoniam privilegium mulieri non ei, qui eam uxorem ducturus erat, tribuebatur. Sed et quod scriptum est, *fraudi ignominiaeve* nostrae sententiae non adversatur, quod ita fortasse explicandum aliquis censeat, quasi *fraude* significetur, ut liberi patrem non sequantur neque in potestate eius fiant, neque dos intelligatur, *ignominia* vero inde separetur. At vero *fraudi esse* cum perquam generalis dictio sit, quae omne damnum ac infortunium designat, (Cf. Brisson. de V. S. h. v. sub fin.) nisi superstitiosae legislatorum diligentiae debetur, nihil nimis diligenter caveri posse existimantium, ad censoriam notam referri potest, quae eum, qui libertinam duxerat, sine dubio manebat. Ignominia

---

*cere ius esto neve quid eis, qui eas duxerint, fraudi ignominiaeve esto, liberique eorum legitimi sunto,* ex hoc ipso Livi loco haud male exemplo sumpto.

vero magis facti est, quam iuris et ad hominum rumores contemptumque pertinet.

Et hactenus quidem obscurior locus, cui illustrando his prolixius conscriptis operam dedimus. Quae sequuntur, etiamsi utiliter ad ea commentari posses, cum nullo interprete facile intelligantur; neque quisquam in iis haesitaverit, omittenda esse censui. Duo superaddere sed et per indicem tantum tangere liceat; primum quod Senatus ait, *id Senatum velle et aequum censere ut ita fieret*, eam formulam deberi modestiae iubendi SCtis propriae et tum quoque in usu retentae, posteaquam id, quod Senatui placuerat, legis vicem obtinuerat. Eadem formula dicendi invenitur in SCto aliquo graece et latine asservato apud Gruterum (p. DIII.): *τὴν σύγκλητον θέλειν καὶ δίκαιον ἡγεῖσθαι.* Senatum velle *et aequum censere ea ita fieri*, et in eadem pagina: *ταῦτα ἔτω γένεσθαι ὅτως ἔδοξεν.* Livius XLIII, 8. et XL, 16. *Senatum aequum censere.* Similia sunt *existimare* (Cicer. Philipp. VIII, 11. Sallust. Catil. c. 51. Epist. Coel. ad Cicer. 8.) *videri* (Aut. ad Herenn. I, 12. Caes. de bello civ. I, 2.) *iudicare* (Liv. III, 21.) *placere* fere in quovis SCto (e. g. epist. Coelii cit.) *arbitrari* (l. 2. §. 1. D. ad S. C. Vellei.) et alia infinita.

Deinde moneo, non SCto ista omnia privilegia Feceniae quaesita esse, sed lege sive plebiscito in sententiam SCti lata, quod demonstrant ipsius SCti verba: *utique Consul cum tribunis plebis ageret ut ad plebem primo quoque tempore fer-*

*rent, ut Aebutio emerita stipendia essent*, et quae sequuntur. Ex quo exemplo cognoscitur, ni fallor, hoc tempore Senatum ius facere nondum suevisse. Quod mirifice illustrat ASCONIUS PEDIANUS in Argum. Orat. pro C. Cornel. p. 122. ed. Cren. *Promulgavitque legem*, ait, *qua autoritatem Senatus minuebat, ne quis, nisi per populum legibus solveretur: quod antiquo quoque iure erat cautum, itaque in omnibus SCtis, quibus tum aliquem legibus solvi placebat, adiici erat solitum, ut de ea re ad populum ferretur.* Nam etiam legibus solvi privilegii numero est. Sed plerumque populi rogatio magis antiquae observationis gratia addebatur, quam ob rei perferendae dubitationem; unde nec LIVIUS, perlata res sit, necne, quicquam adiecit. Et ASCONIUS (l. l.) ita pergit: *Sed paullatim ferri erat desitum resque iam in eam consuetudinem venerat, ut postremo ne adiiceretur quidem in SCtis de rogatione ad populum ferenda, eaque ipsa SCta per pauculos admodum fiebant.* Quod autem de tota re ut praeterita loqueretur, ideo factum arbitror, quod suo tempore SCta vim legis nacta legis adstipulatione opus non haberent.

---

THE-

# THESES.

I.

Actiones Calvisianam et Favianam adversus libertae alienationes patronis non competisse.

II.

Libertabus antiquo iure deminuere licuisse.

III.

Discrimen, quod inter res mancipi et nec mancipi celebratur, iam ad XII tabularum tempora referendum esse.

IV.

Tutoris optionem testamentaria tutela tempore posteriorem videri.

V.

Nuptias inter ingenuum libertinamque initas ante legem Papiam Poppaeam latam, irrita non fuisse.

VI.

Matrimoniorum, quae sine in manum conventione legitime inibantur, originem male ex institutis Latinorum repeti.

*rent, ut Aebutio emerita stipendia essent*, et quae sequuntur. Ex quo exemplo cognoscitur, ni fallor, hoc tempore Senatum ius facere nondum suevisse. Quod mirifice illustrat ASCONIUS PEDIANUS in Argum. Orat. pro C. Cornel. p. 122. ed. Cren. *Promulgavitque legem*, ait, *qua autorita- tem Senatus minuebat, ne quis, nisi per popul... legibus solveretur: quod antiquo quoque iure e cautum, itaque in omnibus SCtis, quibus tum quem legibus solvi placebat, adiici erat solitum, de ea re ad populum ferretur.* Nam etiam le solvi privilegii numero est. Sed plerumqu puli rogatio magis antiquae observationis addebatur, quam ob rei perferendae dubita unde nec LIVIUS, perlata res sit, necne, q adiecit. Et ASCONIUS (l. l.) ita pergit: *latim ferri erat desitum resque iam in ea tudinem venerat, ut postremo ne adiicere in SCtis de rogatione ad populum feren ipsa SCta per paucul os admodum fieb* autem de tota re ut praeterita loqu factum arbitror, quod suo tempore S gis nacta legis adstipulatione opus no

VII.

Gai. II, 54. pro *possessiones ut* melius legi *possessione et.*

VIII.

Ciceronis aetate ipsas haereditates usucapi solitas esse.

IX.

Ulp. I, 12. pro *Caesaris* legendum videri *Scaevola.*

X.

Legem Aeliam Sentiam lege Iunia tempore anteriorem fuisse.